

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA

A Revista de Direito Público da Economia - RDPE visa explorar, investigar a fundo e condensar correntes de pensamento referentes ao Direito Público da Economia contemporâneo. Sua aposta é aprofundar e instigar o desenvolvimento de novas abordagens de investigação.

Trata-se, por um lado, de afirmar uma nova perspectiva de conhecimento do Direito Público da Economia, oriunda da conjugação das visões de estudiosos de diversas áreas do saber (direito, economia, ciência política, administração etc.), sem perder, porém, a tônica jurídica. Trata-se, por outro lado, de envolver o pesquisador com aqueles que estão diretamente inseridos no exercício da regulação pública, conjugando temas transversais (como a concorrência e a regulação) com temas de natureza setorial, relativos aos setores econômicos específicos mais significativos (telecomunicações, energia, transportes, mídia, banca e mercado de capitais, água e resíduos etc.), incluindo também os novos setores (como a Internet, o comércio eletrônico etc.).

e-mail para remessa de artigos e contribuições:
egon@rdpe.com.br

ISSN 1678-7102



1699

ef

09

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE

JAN./MAR. 2005

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE / Nº 09 / JAN./MAR. 2005

09

Acordo para Recebimento de Crédito perante a Fazenda Pública
Adilson Abreu Dallari

Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil
Alexandre Ditzel Faraco, Fernando Muniz Santos

A Apreciação de Atos de Concentração pelo CADE e o Decurso de Prazo
Carlos Ari Sundfeld

Fundamento Constitucional das Advertências Administrativas Relativas ao Tabaco e das Restrições à Publicidade de Cigarros
Eduardo Rocha Dias

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA

Público e Privado no Setor de Saúde
Floriano de Azevedo Marques Neto

Obesidade Infantil: quando a Publicidade é Parte do Problema de Saúde Pública
João Lopes Guimarães Júnior

Regulação Sectorial e Concorrência
Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida, André Matos Forte

Definição do Direito da Regulação Econômica
Marie-Anne Frison-Roche

Regulação Concorrencial dos Organismos Geneticamente Modificados
Pedro Aurélio de Queiroz

Acordo de Acionistas na Sociedade de Economia Mista
[Comentários a Acórdão do Superior Tribunal de Justiça]
Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi

ef Editora Fórum

REVISTA DE DIREITO
PÚBLICO DA ECONOMIA
RDPE



R. de Dir. Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 1-256, jan./mar. 2005

Diretores

Vital Moreira
Marçal Justen Filho
Egon Bockmann Moreira

Conselho Científico

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)	Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)	Manuel Afonso Vaz (Porto)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)	Manuel Porto (Coimbra)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)	Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Carlos Ari Sunfeld (São Paulo)	Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)	Miguel Poiães Maduro (Lisboa)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)	Monica Spezia Justen (Curitiba)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)	Paula A. Forgioni (São Paulo)
Eros Roberto Grau (São Paulo)	Paulo Otero (Lisboa)
Fábio Nusdeo (São Paulo)	Pedro Gonçalves (Coimbra)
Floriano P. de Azevedo Marques Neto (São Paulo)	Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)	Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Lucia Valle Figueiredo (São Paulo)	Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

R454 Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN: 1678-7102

1. Direito Público, 2. Direito Econômico, I. Fórum, CDD:

336.2 CDU: 34(33)

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional e em Portugal

Sumário

DOCTRINA

Artigos

Acordo para Recebimento de Crédito perante a Fazenda Pública
Adilson Abreu Dallari 9

I O inadimplemento da Fazenda Pública 9
II Exame da legislação pertinente 11
III Alterações no cenário institucional 14
IV Considerações doutrinárias 18
V Conclusão 24

Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil
Alexandre Ditzel Faraco, Fernando Muniz Santos 27

1 Introdução 27
2 Histórico da Análise Econômica do Direito 29
3 Recepção da análise Econômica do Direito no Brasil 38
4 Possibilidades de aplicação 43
5 Regionalização 49
6 Conclusão 58
Bibliografia 60

A Apreciação de Atos de Concentração pelo CADE e o Decurso de Prazo
Carlos Ari Sunfeld 63

1 O problema 63
2 O poder de veto do CADE como exceção à liberdade empresarial 64
3 Fatos que suspendem o prazo no processo de concentração 67
4 Conclusão 69

Fundamento Constitucional das Advertências Administrativas Relativas ao Tabaco e das Restrições à Publicidade de Cigarros
Eduardo Rocha Dias 71

1 Introdução 71
2 O enquadramento da atividade de emissão de advertências no poder de polícia 72
3 Características da comunicação administrativa 79
4 Conceito, conteúdo e forma das advertências 81
 4.1 Classificação das advertências 82
 4.2 Diferença entre advertências e contrapropaganda ou publicidade corretora 84
5 As advertências como instrumento de restrição de direitos fundamentais 86
 5.1 A exigência de legalidade e de proporcionalidade da medida restritiva e as advertências referentes ao tabaco 90
 5.2 Delegabilidade ao Executivo da definição do conteúdo das advertências 100
6 Conclusões 102

Público e Privado no Setor de Saúde
Floriano de Azevedo Marques Neto 105

I A participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde 108

I.1 As esferas pública e privada de prestação de serviços da saúde	108
I.2 A participação dos particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde	111
II O vínculo dos particulares prestadores de serviços de saúde complementares no âmbito do SUS: natureza jurídica	113
III A escolha dos particulares que prestarão serviços complementares no âmbito do SUS	122
IV Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e cooperativas no âmbito do SUS	127
IV.1 Cooperativas	133
IV.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPIs)	135
V A fiscalização da relação entre entes públicos e particulares prestadores dos serviços de saúde: Tribunal de Contas do Estado ou da União	136
V.1 A competência da União, Estados e Municípios para a prestação dos serviços sujeitos à contratação de particular	137
V.2 O regime de fiscalização dos contratos e recursos	138
VI Universalização e descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS): novas relações entre os entes federativos	142
VII A relação entre Estados e Municípios prevista na NOAS / 2002: natureza jurídica dos Termos de Compromisso	144
VII.1 O Termo de Compromisso para Garantia de Acesso	145
VII.2 O Termo de Compromisso entre entes públicos	147
VII.3 A natureza jurídica dos termos: contrato ou convênio?	148
VIII Conclusão	151

Obesidade Infantil: quando a Publicidade é Parte do Problema de Saúde Pública

João Lopes Guimarães Júnior	155
1 Introdução: o primata vai ao supermercado	155
2 Obesidade: escalada e conseqüências	158
3 O assédio da publicidade de alimentos sobre o público infantil como fator obesogênico	161
3.1 A criança como alvo	161
4 Direitos constitucionais à saúde e à proteção do consumidor	166
4.1 O direito do consumidor à informação	167
4.2 A clareza da informação	169
4.3 Proibição de publicidade abusiva ou enganosa	171
4.4 Alcance da proibição de publicidade abusiva ou enganosa	173
5 Direitos sociais x liberdades públicas	175
5.1 Livre iniciativa	177
5.2 Liberdade de expressão	180
6 Conclusões	181

Regulação Sectorial e Concorrência

María Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida, André Matos Forte	187
I Regulação e concorrência	187
1 Liberalização e regulação independente	187
2 A criação de uma estrutura de mercado	189
3 O reforço da aplicação das regras da concorrência	191
4 A articulação entre regulação sectorial e regulação transversal da concorrência	191
II Os modelos de relacionamento entre as autoridades de defesa da concorrência e as autoridades de regulação sectorial	192
1 A racionalidade subjacente a cada um dos tipos de regulação e de autoridade por ela responsável	192

2 A sobreposição de competências e a complementaridade entre as autoridades da concorrência e as autoridades de regulação sectorial	195
3 Os modelos de repartição de competências	196
3.1 Regulação técnica, económica e de concorrência	197
3.2 Os modelos de repartição de competências: vantagens e desvantagens	199
4 Os modelos adoptados: uma situação de geometria variável	201
Bibliografia	204

Definição do Direito da Regulação Económica

Marie-Anne Frison-Roche	207
I O pano de fundo do direito da regulação: economia de mercado e globalização ...	208
II A regulação: aparelhagem dos setores construída sobre um princípio de concorrência em equilíbrio com outros imperativos	212

Regulação Concorrencial dos Organismos Geneticamente Modificados

Pedro Aurélio de Queiroz	219
1 Apresentação	219
2 O impacto dos OGM's na concorrência	220
3 Insuficiência dos mecanismos atuais do antitruste	227
4 Prevenção e Direito Antitruste	231
5 Conclusão	235

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Acordo de Acionistas na Sociedade de Economia Mista

[Comentários a Acórdão do Superior Tribunal de Justiça]

Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi	239
1 Introdução	239
2 A opção do Estado pelo regime jurídico da sociedade de economia mista: conseqüência	240
3 Sociedade de economia mista: regime societário e formalização do acordo de acionistas	241
4 O substrato não absoluto do poder de controle societário na sociedade de economia mista	242
5 Participação privada efetiva e instrumentos societários no âmbito da sociedade mista	243
6 Declaração de ineficácia do acordo de acionistas firmado pelo Estado e o posicionamento do Acórdão sob análise: observações conclusivas	244
Superior Tribunal de Justiça	
Recurso Ordinário em MS nº 18.769-PR (2004/0112390-6)	245

Índice Remissivo	253
-------------------------------	-----

fim proposto é demonstrada pela circunstância de o Brasil, apesar de ser o segundo maior produtor mundial de tabaco e o maior exportador do produto, ter conseguido, em quinze anos, reduzir quase pela metade a porcentagem de fumantes em sua população, passando de 32% em 1989 para 19% em 2003.⁷⁸

A medida também é necessária, não se mostrando excessiva, uma vez que não há outro meio que permita à pessoa se proteger dos riscos decorrentes do ato de fumar. Ante a vinculação entre a licitude da atividade de fabricantes e comerciantes e a veiculação de advertências, por um lado, e entre a referida atividade e os danos à saúde dos cidadãos, não é excessivo exigir que suportem a veiculação de tais mensagens. Não são obrigados, é claro, a assumir a autoria da mensagem, que é expressamente imputada ao Estado.

As advertências, portanto, têm, por definição, um conteúdo negativo, não se confundindo, por outro lado, com a chamada publicidade corretora ou contrapropaganda. Descabe, portanto, exigir que tais mensagens tenham um caráter “neutro” ou “meramente informativo”. A delegação ao Executivo da atribuição de definir o conteúdo da mensagem não viola diretamente a letra da Constituição, que não fala em “advertência fixada em lei”. Por outro lado, não há uma reserva absoluta de parlamento que impeça a atuação complementar do Executivo nessa área, sobretudo para assegurar a adequação da mensagem. Será de se exigir, porém, que o mencionado conteúdo seja conforme com a verdade e reflita o conhecimento científico mais atualizado sobre a matéria.

Por fim, as restrições à publicidade do tabaco, limitando tal atividade aos locais de venda, também se mostram adequadas e necessárias, diante da hierarquização efetuada pelo inciso II do parágrafo 3º e pelo parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição, dos riscos à saúde decorrentes do consumo de tal substância, e ante a inexistência de outra medida menos restritiva que permita proteger a pessoa, sobretudo crianças e adolescentes, da propaganda comercial de tal produto.

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

DIAS, Eduardo Rocha. Fundamento constitucional das advertências administrativas relativas ao tabaco e das restrições à publicidade de cigarros. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-104, jan./mar. 2005.

⁷⁸ Informação constante no sítio da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (<www.anvisa.gov.br> . Acesso em: 12 nov. 2004), em que se ressalta a importância das advertências como instrumento para se alcançar a referida redução, bem como a circunstância de diversos países estarem adotando ou em vias de adotar a sistemática brasileira de associação de imagens a mensagens escritas.

Público e Privado no Setor de Saúde

Floriano de Azevedo Marques Neto

Advogado, Doutor em Direito Público pela USP. Professor de Direito Administrativo da USP

Sumário: I A participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde - I.1 As esferas pública e privada de prestação de serviços da saúde - I.2 A participação dos particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde - II O vínculo dos particulares prestadores de serviços de saúde complementares no âmbito do SUS : natureza jurídica - III A escolha dos particulares que prestarão serviços complementares no âmbito do SUS - IV Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e cooperativas no âmbito do SUS - IV.1 Cooperativas - IV.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) - V A fiscalização da relação entre entes públicos e particulares prestadores dos serviços de saúde: Tribunal de Contas do Estado ou da União - V.1 A competência da União, Estados e Municípios para a prestação dos serviços sujeitos à contratação de particular - V.2 O regime de fiscalização dos contratos e recursos - VI Universalização e descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS): novas relações entre os entes federativos - VII A relação entre Estados e Municípios prevista na NOAS / 2002: natureza jurídica dos Termos de Compromisso - VII.1 O Termo de Compromisso para Garantia de Acesso - VII.2 O Termo de Compromisso entre entes públicos - VII.3 A natureza jurídica dos termos: contrato ou convênio? - VIII Conclusão

Trata o presente estudo do tema da relação entre entes públicos e agentes privados no âmbito do Setor de Saúde.

Tenho por pauta, de maneira abrangente, o arcabouço jurídico aplicável ao Sistema Único de Saúde e aos entes nele envolvidos e, especificamente, as profundas inovações ocorridas neste setor a partir do advento da Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, cumpre analisar os contornos das relações jurídicas com as demais esferas de governo, notadamente os Estados e Municípios, bem como destes com os prestadores de serviço privados que contratam para complementar as insuficiências apresentadas pela rede pública de prestação dos serviços públicos de saúde.

Apesar de esforço contínuo de regularização e de formalização das relações com os entes privados, permanece situação de fato, historicamente justificável, caracterizada pela ausência de contratos ou outros instrumentos jurídicos que expressem tal relação. Assim é que boa parte da prestação de serviços destas entidades aos entes públicos e o conseqüente repasse de recursos públicos a elas, têm sido efetuados sem qualquer lastro jurídico formal, tão somente fundamentados no costume e em prestações de contas por vezes bastante singelas.

A essa situação de fato adiciona-se um quadro de incertezas jurídicas quanto aos limites do papel desempenhado pelos particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde e, especificamente, quanto aos instrumentos jurídicos capazes de formalizar tal participação.

Nesse sentido, coloca-se o tema das formas de participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde, tanto dentro quanto fora do âmbito do Sistema Único de Saúde. A partir daí é que se pode perquirir sobre a forma mais apropriada, dentro do regime legal aplicável, para a concretização de tais parcerias no mundo jurídico, de forma a assegurar os interesses públicos envolvidos e conferir regularidade e estabilidade jurídica às relações já existentes, bem como às futuras relações que vier a manter com entidades privadas. Nesta esteira, ter-se-á que enfrentar o tema da aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 a tais relações, notadamente quanto à necessidade de se realizar licitação para a seleção dos particulares que prestarão os serviços públicos de saúde no âmbito do Sistema.

Ainda no que concerne aos entes privados que prestam serviços de saúde no âmbito do SUS, legislações recentes possibilitaram a criação de novas formas jurídicas para esses entes, com regime jurídico específico. Nesse sentido, merece particular abordagem a lei que permitiu a conversão de tais entidades em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e do regime jurídico aplicável às cooperativas de profissionais, bem como as conseqüências de tais configurações jurídicas para o relacionamento com os entes públicos delegatários dos serviços.

Um último aspecto a ser enfrentado, no que respeita às relações com os entes privados prestadores de serviços de saúde, concerne ao regime de fiscalização de tais relações. Uma vez que vários entes da federação concorrem para a formalização de tais relações e para o conseqüente repasse de recursos públicos aos entes privados, coloca-se problemática a delimitação de competências para fiscalizar a regularidade dos instrumentos jurídicos celebrados e da utilização dos recursos públicos destinados aos prestadores privados. Em decorrência também é de ser abordado o aspecto que diz com a competência dos Tribunais de Contas para a fiscalização externa de tais avenças e de tais recursos.

Por fim, a busca pela formalização das relações firmadas entre os diferentes entes no setor da saúde não se limita somente aos entes privados. Abarca também as relações travadas entre as diferentes esferas de governo — União, estados e municípios. Assim é que se tem realizado um esforço

contínuo (iniciado com a Norma de Operação Básica (NOB) de 1996) de tradução, no mundo jurídico, das relações estabelecidas entre os entes federativos, tanto na consecução dos serviços, como também, e sobretudo, no repasse de recursos.

O processo de descentralização por que passou o SUS na última década, com efeito, ensejou o estabelecimento de novas regras e novas formas de interação entre os entes públicos. Nesse sentido, identificamos dois instrumentos jurídicos de formalização de relações entre entes federativos estabelecidos pela Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS-SUS 01/02), aprovada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 373, de 27 de fevereiro de 2002. São eles o Termo de Compromisso de Garantia de Acesso e o Termo de Compromisso entre Entes Públicos. Daí decorre a necessidade de refletir sobre o conteúdo dos referidos termos, bem como de sua obrigatoriedade para os entes envolvidos.

Como delineado acima, são essencialmente duas as frentes de análise que fazem objeto do presente trabalho. Trata-se, de um lado, de abordar a possibilidade e os contornos da participação dos particulares na prestação dos serviços públicos de saúde e, de outro, de analisar as relações entre os entes públicos na organização, gestão e prestação destes mesmos serviços.

No que concerne à primeira, cumpre inicialmente apreciar se, no regime constitucional e infraconstitucional da prestação dos serviços de saúde, existe um papel a ser desempenhado pelos particulares (I). Nesse sentido, convém identificar se a esfera pública de prestação dos serviços de saúde (o Sistema Único de Saúde) admite um lugar para a iniciativa privada e se, fora deste sistema público, é permitida no nosso ordenamento a existência de uma esfera privada de prestação dos serviços.

Admitida a participação dos particulares na prestação dos serviços públicos de saúde, cabe verificar de que maneira os entes públicos responsáveis pelos serviços se relacionam com os particulares que concorrem para a execução das atividades compreendidas no serviço, determinando qual o vínculo jurídico mais adequado a formalizar tais relações e qual a sua natureza jurídica (II).

Ainda nessa mesma frente de questões, cumpre analisar se, conforme a sistemática do direito juspublicista, a formalização de tal vínculo deve ser precedida de procedimento licitatório destinado a selecionar a alternativa mais vantajosa, para a Administração, de contratação com o particular (III).

Enfrentada tal questão, cabe então apreciar as formas jurídicas de que os eventuais prestadores particulares de saúde podem assumir e as conseqüências jurídicas de tais configurações, notadamente no caso de se constituírem em cooperativas ou em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (IV).

Derradeira questão a ser tratada, no que concerne à relação entre entes públicos e entidades prestadoras de serviços de saúde, refere-se à distribuição de competências de fiscalização entre os entes federativos e, notadamente, entre os Tribunais de Contas das diferentes esferas de governo (V).

Pretendo, ainda, fazer uma breve digressão histórica sobre o processo de universalização e descentralização ao qual foi submetida a prestação dos serviços públicos de saúde a partir da Constituição Federal de 1988 com a criação do Sistema Único de Saúde. Isso se põe importante para estabelecer as competências de cada uma das esferas de governo em relação a estes serviços e as interações previstas na ordem constitucional, legal e infralegal entre estes entes (VI). Estabelecido tal panorama, cumpre então examinar, finalmente, os instrumentos jurídicos criados pela Norma de Operação da Assistência à Saúde (NOAS) de 2002: o Termo de Compromisso de Garantia de Acesso e o Termo de Compromisso entre entes públicos. Cabe, nesse sentido, verificar qual a natureza jurídica de tais avenças e a sua obrigatoriedade para os entes envolvidos (VII).

Exposto o plano de desenvolvimento do estudo, passamos a enfrentar o tema.

I A participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde

I.1 As esferas pública e privada de prestação de serviços da saúde

A disciplina da participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde tem seus marcos postos em sede constitucional. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 prima pela clareza na definição dos papéis do Estado e do particular no desempenho dos serviços necessários ao acesso a este direito fundamental.

A seção dedicada à saúde inicia-se com o artigo 196, que dispõe: “Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A Carta Maior reafirma, em primeiro lugar, o estatuto de direito fundamental à saúde, já estabelecido no artigo 6º, atribuindo ao Estado o dever de garantir o acesso da população a tal direito. É dever do Estado, portanto, organizar e prover os serviços públicos de saúde, não podendo ele furtar-se de tal obrigação. Prossegue o artigo seguinte: “Artigo 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

O artigo 197 apresenta, de certa forma, nuance jurídica ao disposto no artigo anterior. Estabelece que todas as ações e serviços de saúde são de relevância pública, o que pressupõe do Poder Público o exercício de atividade regulatória intensa sobre o setor, consubstanciada na regulamentação, fiscalização e controle destas atividades. No entanto, ao tratar da execução de tais serviços, admite que este seja prestado pelo Estado (diretamente ou através de terceiros), mas também por pessoa física ou jurídica de direito privado (ou seja, não mais subsumida ao regime público inerente ao desempenho de função cometida ao Estado). Assim fazendo, a Constituição delimita duas esferas distintas de prestação dos serviços de saúde: uma esfera pública, de responsabilidade do Estado (dever); e uma esfera privada, que pode ou não ser desenvolvida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. No primeiro caso, estamos diante de esfera de serviço público não exclusivo (ou impróprio). No segundo, trata-se do exercício de atividade econômica regulada.

A locução “e, também”, empregada no texto constitucional torna evidente a separação entre estas duas esferas, que serão em seguida explicitadas e reguladas, na disciplina constitucional, pelos artigos 198 e 199.

Nesse sentido, ao estabelecer que as ações e serviços de saúde constituem atividade de relevância pública, a Carta Maior relativiza a abrangência dos serviços públicos de saúde, admitindo que, ao lado deste, coexistam outras formas de prestação. Se existe um serviço público de saúde, que deve ser assegurado pelo Estado, nem todas as ações e serviços de saúde estão nele compreendidas. Coexiste com este serviço público uma esfera privada de prestação de serviços de saúde.

Para o desempenho do dever do Estado de prestação dos serviços públicos de saúde, previu a Constituição a criação de um Sistema Único, com as seguintes características:

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

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

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

III - participação da comunidade.(...)

O dispositivo constitui norma programática que rege a organização, pelo Estado, da rede de serviços públicos de saúde, fixando-lhe as diretrizes e as características essenciais. O início do texto constitucional já explicita que se trata, no caso, das ações e serviços públicos de saúde. Ou seja, ao lume do artigo 198, vê-se que a saúde, enquanto esfera de serviço público (aquela no âmbito da qual se organizam e prestam os serviços de saúde a cargo do Estado) — o que não se deve confundir com serviços prestados diretamente por ente estatal — organizar-se-á na forma de um sistema único sujeito aos princípios da hierarquização, regionalização, descentralização, participação popular, prevenção, universalização.

Já o artigo 199 estabelece outra esfera de prestação de serviços de saúde, alheia à rede pública que é dever estatal.¹ Admite, portanto, a existência de uma esfera privada de prestação de serviços de saúde, regulada por outros preceitos e por normas jurídicas essencialmente distintas. A atividade econômica (*lato sensu*) de prestação de serviços de saúde é submetida, segundo a disciplina constitucional, a dois regimes distintos. De um lado, será serviço público,² quando deva ser provida pelo Estado. De outro, poderá vir a adquirir a feição de atividade econômica em sentido estrito, quando prestada por particulares fora do âmbito público do serviço, inserindo-se neste caso na esfera mais ampla da liberdade de empreendimento da iniciativa privada (atividade econômica *stricto sensu*). O Estado não se encarrega, desta vez, da prestação direta, mas tão somente da regulação do setor, devido à relevância pública estabelecida também em sede constitucional, no artigo 197. O papel do Estado corresponderá, neste caso, a assegurar os interesses dos usuários deste sistema privado, suplementar ao sistema público.³ Vê-se, pois, que o regime constitucional da saúde cuidou

¹ "Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

² Celso Antônio Bandeira de Mello alude — não sem dose de razão — tratar-se de serviço público não exclusivo, dado o convívio do regime público e privado de exploração (cf. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 628).

³ A distinção entre os sistemas público e privado de prestação de serviços de saúde se espelha na regulação infraconstitucional da matéria. Assim é que o sistema privado de prestação de serviços de saúde conta com regulação essencialmente

da primeira manifestação entre nós do instituto da regulação assimétrica (assimetria regulatória traduzida na dualidade de regimes para uma mesma atividade como forma de calibração de interesses públicos com interesses de mercado), bem como se tratou de uma precursora previsão da competição em sede de serviços públicos (ou de relevância pública).

Na regulação infraconstitucional, a distinção entre a esfera pública de prestação dos serviços de saúde e a esfera privada torna-se mais evidente. Assim é que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que em conjunto com a Lei nº 8.142, do mesmo ano, configura a Lei Orgânica da Saúde, define o Sistema Único de Saúde em seu artigo 4º, em consonância com os preceitos constitucionais, como "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." Quanto à esfera privada de prestação de serviços de saúde, a lei enuncia que "os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde" (artigo 20). Ainda que obrigue à observação dos princípios éticos e das normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (artigo 22), a Lei Orgânica reafirma que tal prestação é livre à iniciativa privada (artigo 21).

1.2 A participação dos particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde

Assim definidos os contornos das esferas pública e privada, há que se reconhecer que a participação dos particulares na prestação dos serviços de saúde não se esgota na última. Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro admite que a iniciativa privada venha a atuar também no âmbito da esfera pública de prestação dos serviços de saúde, ou seja, do Sistema Único de Saúde, ainda que de forma completamente distinta de sua atuação na esfera privada.

Assim é que a Constituição Federal inclui, na própria definição do Sistema Único de Saúde, a possibilidade de participação da iniciativa

distinta dos serviços públicos de saúde, como não poderia deixar de ser. Tal especificidade culminou na criação recente de Agência específica para regular tais serviços privados de assistência, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. O órgão regulador é encarregado da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras privadas que prestam serviços fora do Sistema Único de Saúde. Trata-se, desta vez, da regulação de um mercado, cuja peculiaridade requer atenção específica, não somente pela relevância pública de tais atividades, como também pela hipossuficiência dos usuários e pelo grande interesse público envolvido.

privada. Se o *caput* do artigo 199 define o Sistema, seu parágrafo 1º consigna que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” Da mesma forma, a Lei nº 8.080/90 prevê em seu artigo 4º, §2º, que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde, em caráter complementar”.

A disciplina constitucional e legal é harmoniosa. Na esfera pública de prestação dos serviços de saúde, cabe ao Estado garantir a existência deste serviço, provê-lo e “assegurar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Lei nº 8.080, artigo 2º). Tal dever pode ser cumprido seja diretamente, seja por meio de terceiros (artigo 197, CF). Ou, como explicita ainda mais o artigo 8º da Lei nº 8.080, “As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada (...)”.

Sendo assim, tanto a Constituição quanto a disciplina infraconstitucional prevêem a possibilidade de que o Estado venha a se servir da iniciativa privada para cumprir seu dever constitucional de prestar os serviços públicos de saúde.⁴

Tanto a Constituição quanto a lei estabelecem de que forma tal participação se dará. Ela se relaciona à idéia de insuficiência da rede pública de saúde, ou seja, à idéia de subsidiariedade⁵ da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiências da última. Assim é que o artigo 199, §1º, da Constituição estabelece expressamente que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dará “de forma complementar”. Também a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 24, prevê que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir

⁴ A atuação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS, a meu ver, não se confunde com a contratação, pelo ente estatal, da prestação pela iniciativa privada de meras atividades de apoio quando o serviço de saúde for prestado diretamente pelo Estado. Assim, a contratação dos serviços de vigilância ou limpeza de um hospital público, em regime de empreitada de prestação de serviços e mediante licitação, caracteriza compra de serviços pelo poder público mas não é suficiente para caracterizar a prestação de serviços complementares. Para que estejamos diante desta prestação, há que se ter a atividade ligada diretamente à prestação do atendimento à saúde (atividade-fim), tendo como beneficiário direto o próprio cidadão usuário do SUS. Assim, diferentemente do que ocorre na contratação da atividade-fim (cujo caráter necessariamente complementar exige, para legitimar a contratação, a verificação de não atendimento da necessidade pela rede pública), no caso da contratação das atividades de apoio, a opção pela contratação de particulares estará situada numa margem maior de liberdade (discricionariedade) do gestor público. Não se pode, seriamente, extrair das precisas regras constitucionais insertas no capítulo da saúde uma obrigatoriedade de que os vigilantes ou faxineiros dos hospitais estatais sejam integrantes de carreiras públicas, interditando-se a terceirização de tais atividades.

⁵ Trata-se aqui, por óbvio, da utilização do termo subsidiariedade no sentido exatamente inverso àquele de lhe deve ser dado em face do princípio da subsidiariedade. A esse respeito ver meu Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, jan./mar. 2003, v. 1, p. 69-94.

a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.” Note-se que esta subsidiariedade (*v.g.* complementaridade) será balizada pelo próprio poder público pois dependerá da definição das necessidades da rede, algo diretamente decorrente das metas e objetivos das políticas públicas de saúde.⁶

Ainda que paulatinos avanços no sentido de atingir a auto-suficiência do Sistema Único de Saúde⁷ tenham sido alcançados, parece evidente que, ao menos em curto e médio prazo, não será possível prescindir dos serviços privados de assistência à saúde para o atendimento da exigência constitucional de fornecimento de serviços públicos de saúde (realidade que já observávamos em 1997).⁸

A realidade fática pressuporá, ao menos durante mais algum tempo, a utilização da estrutura privada para o desempenho, pelo Estado, de suas atribuições constitucionais na área da saúde. Cabe analisar, portanto, qual o vínculo que deve formalizar tal relação, enquanto o Sistema Único de Saúde não puder prescindir dos serviços dos particulares. É o que faremos a seguir.

II O vínculo dos particulares prestadores de serviços de saúde complementares no âmbito do SUS: natureza jurídica

Já em duas ocasiões distintas⁹ me posicionei a respeito da precariedade da situação de fato que envolve a prestação de serviços de saúde por particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde. Trata-se, com efeito, de um trabalho hercúleo de regularização, que vem sendo executado progressivamente nas esferas federal, estadual e municipal, mas ainda há

⁶ Destaque-se que em sentido inverso vão as iniciativas de transferir para o setor privado, via Organizações Sociais lastreadas na Lei nº 9.637/98, atividades de saúde prestadas diretamente pelo Estado. Embora eu não vislumbre na dita lei as inconstitucionalidades que se lhe vem sendo apontadas, o processo de transferência de atividades estatais para as OSs implica em reduzir a suficiência da rede pública, aumentando a necessidade de contratação de serviços complementares só que agora prestados por infra-estrutura (rede) operada pela iniciativa privada mas que anteriormente integrava a rede pública.

⁷ É importante notar que a prestação dos serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde por entidades privadas não deixa de caracterizar prestação de serviços público de incumbência do Estado. Ou seja, o fato do poder público executar os serviços por meio da contratação de terceiros — particulares — que atuam em seu nome em nada reduz o caráter público da prestação. Desse modo, há de se combinar dois objetivos do setor: i) de um lado, a ampliação da cobertura do SUS (via, inclusive, a contratação de entes privados para a consecução destas novas finalidades) e, ii) de outro, a auto-suficiência do Sistema (prescindindo dos particulares).

⁸ V. meu Gestão do Sistema Único de Saúde por Municípios: Poder-dever de Convalidação dos Atos Praticados pela União. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 15, abr./jun. 1996, p. 108.

⁹ V. meus trabalhos Gestão do Sistema Único de Saúde por Municípios: Poder-dever de Convalidação dos Atos Praticados pela União. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 15, abr./jun. 1996, p. 106-125 e Contratação de Prestadores de Serviços de Saúde pelo SUS: Critérios de Inabilitação e Seleção, Formas de Contratação, Prazos de Vigência e Limites de Alteração dos Contratos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, v. 24, jul./set. 1998, p. 197-210.

muito por fazer. Boa parte dos serviços prestados por particulares ainda se encontra lastreada tão somente no hábito e em meras prestações contábeis, sem um vínculo jurídico formal que estabeleça as condições da prestação, os direitos e deveres de cada uma das partes e os demais condicionamentos que devem recair sobre tal atividade, de importância capital para o Estado.

Segundo a Constituição Federal e ainda conforme a Lei Orgânica da Saúde, a prestação destes serviços dar-se-á “mediante contrato ou convênio”. Cumpre então delinear as características de ambos os instrumentos jurídicos, para assim determinar qual o vínculo mais apropriado a espelhar as relações travadas entre entidades públicas e particulares.

Contratos e convênios constituem acordos de vontades que unem as partes avençadas em torno de um objeto comum. Ainda que a matéria seja há muito objeto de debate na doutrina juspublicista — e, sobretudo, na prática cotidiana do direito administrativo —, distinções existem entre ambos os instrumentos e, conseqüentemente, sobre seu tratamento normativo.

A definição de contrato vem da doutrina geral do direito e dispensa maiores digressões. Como consigna Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seguindo as lições de Meirelles Teixeira, os contratos constituem “acordo voluntário de vontades, indissolúvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionantes e condicionadas, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária”. Nele, os interesses e finalidades visados pelas partes seriam contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros.¹⁰ O contrato caracteriza-se ainda pela “produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, a criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes, daí a afirmação de que faz lei entre as partes”.¹¹

Já os convênios apresentam natureza jurídica consideravelmente distinta, ainda que a matéria tenha sido e ainda seja bastante debatida na doutrina juspublicista.

A posição doutrinária majoritária, no que concerne à distinção entre contratos e convênios, funda-se nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, que elege o critério da presença de interesses jurídicos opostos das partes

¹⁰ É importante notar que, como veremos *infra*, os contratos podem se caracterizar por objetivos essencialmente comuns entre as partes. A oposição que caracteriza os contratos não diz respeito, a nosso ver, exatamente à finalidade ou ao interesse perseguido por cada uma das partes, mas sim às suas prestações e obrigações. Estas últimas são opostas e, sobretudo, oponíveis de parte a parte.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 244.

como elemento fundamental de diferenciação entre os dois institutos. Enquanto nos contratos administrativos as partes se caracterizam por tutelar interesses jurídicos que, de alguma forma, se opõem ou, quando menos, se distinguem, nos convênios as partes conveniadas (“os partícipes”) convergem para a consecução do mesmo interesse público, definido nas metas e programa de trabalho dessa modalidade de ajuste. Como afirma o administrativista:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.¹²

Nesse sentido, os convênios não seriam contratos, porquanto as partes convenientes não pactuam movidas por vontades antagônicas, e sim levadas por um “*espírito de cooperação*”.¹³ A parcela majoritária dos doutrinadores que se dedicam ao tema seguiu a trilha deixada por Hely, fixando-se na distinção que vem bem representada por Leon Frejda Szklarowsky: “O convênio distingue-se do contrato, conquanto com ele tenha um ponto em comum: o acordo. No contrato, os interesses das partes são divergentes e opostos; no convênio, os interesses coincidem e são comuns.”¹⁴

Tal posição parece ter sido consagrada pelo direito positivo em nosso ordenamento. Com efeito, o Decreto federal nº 93.872 de 23 de dezembro de 1986, que trata de matéria fiscal, orçamentária e financeira no âmbito da União (unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional) traz uma relevante definição de convênio que pode ser aqui aproveitada. Diz a norma federal:

¹² *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 358.

¹³ Sobre o tema, v. igualmente Eros Roberto Grau (Convênio e Contrato. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 20, p. 379); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na Administração Pública, Concessão, Permissão, Franquia e Outras Formas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 112-117); *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 284-287); Diógenes Gasparini (*Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 365-369); Odete Medauar (Convênios e Consórcios Administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 8, ago. 1995, p. 451-461); Maria Garcia (Dos Convênios. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Forense Universitária, 1995, p. 229-236); Marcos Augusto Perez (Convênio. *Natureza Jurídica. Interpretação de suas Cláusulas. Obrigações Implícitas e Explícitas. Revista Licitar*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 38-41, abr. 1998); Edmir Netto de Araújo (*Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 145-146); Roberto Ribeiro Bazilli (*Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 34-38); Leon Frejda Szklarowsky (Os Convênios Administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 669, jul. 1991, p. 39-46).

¹⁴ Cf. Os Convênios Administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 669, p. 39.

Artigo 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

Parágrafo único. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

Já asseverei em outra ocasião que, de minha parte, sem discrepar dos ensinamentos dos baluartes acima indicados (e de outros tantos que seguem nesta seara), tenho um entendimento um pouco diverso. Parece-me certo que o aspecto pactual, consensual ou de acordo intrínseco aos convênios remete a um traço de bilateralidade e de obrigações recíprocas que os aproximaria dos contratos, entendidos genericamente como instrumentos originadores de obrigações.

Os convênios são também acordos de vontade (contratos em sentido amplo) na medida em que criam obrigações relativas para as partes conveniadas. Perfilho-me com a percuciente lição de Odete Medauar, para quem: “a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio administrativo parece levar a concluir que se trata de figuras da mesma natureza (...) como foi exposto acima se pode aventar, no âmbito do Direito Administrativo, uma visão genérica do módulo contratual. Ali estariam incluídos tanto os contratos de obras, de prestação de serviços, de fornecimento de materiais, as concessões, como os convênios, consórcios, pactos. A característica destes últimos está na sua especificidade, ou por envolver duas ou mais entidades ou órgãos públicos ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado”.¹⁵

Há que se consignar, no entanto, como faz com bastante propriedade Eros Grau,¹⁶ que também os contratos podem se caracterizar pelo acordo de vontades que, de certa forma, se somam e caminham em um mesmo sentido. O autor distingue, nesse sentido, entre os *contratos de intercâmbio* (nos quais os interesses das partes são necessariamente contrapostos, polarizados) e os *contratos de comunhão de escopo* (onde os interesses dos pactuantes são paralelos).

Nessa esteira, a mera comunhão de finalidades não será suficiente para caracterizar o convênio, ainda que seja a origem de sua especificidade.

¹⁵ Cf. Convênios e Consórcios Administrativos. BDA, n. 8, 1995, p. 456.

¹⁶ Ver GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 91.

Não é propriamente a união de interesses para a consecução de uma finalidade comum, mas sim as conseqüências de tal comunhão que caracteriza tais ajustes.

O que falta aos convênios, e isso os faz distintos dos contratos em espécie e frontalmente diferentes dos contratos administrativos, é a ausência de caráter sinalagmático, de reciprocidade e antagonismo obrigacional.¹⁷ Uma vez que se trata de finalidade essencialmente cooperativa, ainda que haja o estabelecimento de compromissos entre as duas partes, não serão estes recíprocos, ou sinalagmáticos. Não serão contraprestações — estas sim, que apontam para vetores opostos — mas sim esforços de cada uma das partes no atingimento da meta comum. O traço distinto mais essencial entre contratos e convênios, a meu ver, é a posição jurídica dos signatários que, como asseverou Hely Lopes Meirelles, é uma só, idêntica para todos, ainda que haja diversificação na cooperação almejada.

Ainda que possua caráter bilateral, pactual e obrigacional (que os faz integrar uma categoria de atos jurídicos de natureza contratual), os convênios não serão confundíveis com os contratos *stricto sensu* e muito menos como espécie de contrato administrativo. Se os convênios estabelecem obrigações (ou compromissos) para as partes convenientes, tais obrigações não são tecidas como contrapartidas recíprocas e sim ambas com vistas ao objetivo comum (convenial).

Assim definidos, de maneira sucinta, os institutos do contrato e do convênio, podemos afirmar desde já que o caso concreto ora analisado, ou seja, o acordo de vontades entre os entes públicos responsáveis pelo provimento dos serviços públicos de saúde e os entes privados interessados em prestar, complementarmente, parcela das atividades intrínsecas a estes serviços, mais aproxima-se do contrato administrativo do que de convênio, mormente no caso de remuneração por serviços prestados (o que, no âmbito do sistema, se designa por produção).

A simples observação da realidade fática destas avenças aponta para uma relação tipicamente contratual, seja no que concerne ao objeto do ajuste, seja no que diz respeito aos liames entre as partes envolvidas, seja ainda no que tange aos interesses das partes.

¹⁷ Daí a pertinência do traço distintivo posto por Edimir Netto de Araújo para quem nos contratos as vontades “são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie — ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesse e objetivos comuns” (Cf. *Do Negócio Jurídico Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 147).

Com efeito, do ponto de vista do objeto do ajuste, a simples noção de prestação de serviços já indica que não se trata de cooperação entre entes, mas sim de relação tipicamente contratual, em que a prestação material de uma das partes (serviço) tem como contrapartida direta e imediata o pagamento de determinada quantia em dinheiro vinculada à quantidade de serviços prestados. A estrutura do acordo remete, portanto, à noção de contrato.

Nesse mesmo sentido, o tipo de compromisso estabelecido é igualmente de natureza contratual. Trata-se de verdadeira obrigação estabelecida, tanto para uma parte (serviço), quanto para a outra (remuneração), que se caracteriza, a um só tempo, pela reciprocidade, pela oposição e pelo sinalagma. Os compromissos estabelecidos entre entes públicos e entidades privadas são, nesse sentido, absolutamente simétricos, pois constituem contraprestações equivalentes que as partes permutam entre si.

Finalmente, também o interesse das partes envolvidas é essencialmente distinto. Enquanto o Estado visa à consecução do serviço público de saúde que lhe incumbe constitucionalmente, o particular visa, em princípio, ao lucro legítimo pelo desempenho de sua atividade. Note-se que o objetivo do particular é a realização de uma atividade econômica (*lato sensu*), de modo a receber a paga justa por isso. Em verdade, o particular que presta serviços complementares ao SUS é um delegatário de serviço público (em regime distinto das delegações previstas no artigo 175 da Constituição, é bem verdade). Apenas o que ocorre é que o utente (usuário) do serviço não é o pagador direto, substituído que é pelo poder público, em um modelo próximo daquele das parcerias público-privadas (PPPs), hoje chamado de “usuário único”.

Poder-se-ia argumentar que, no caso das entidades sem fins lucrativos, o particular não persegue o lucro, mas sim a mesma finalidade dos entes públicos envolvidos, o que traduziria relação de cooperação e de atingimento de finalidade comum, típica aos convênios. Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde CJ n° 021/95, de 17 de março de 1995, entendendo por isso que deveriam ser celebrados contratos administrativos com as entidades de fins lucrativos e convênios com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.¹⁸

¹⁸ Conforme o parecer supra-citado, “Do ponto de vista do direito positivo, cumpre ressaltar que, consoante o disposto no artigo 199 e seu §1º da Constituição Federal, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, cujas instituições poderão participar, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo as diretrizes deste, mediante contrato direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Não compartilho de tal entendimento. A uma, porque não me parece que os interesses envolvidos sejam coincidentes, mesmo no caso de ausência de finalidade lucrativa das instituições privadas. A duas, porque, a meu ver, a persecução de finalidade lucrativa ou não pela entidade privada não é o divisor de águas nesse caso. A três — e este argumento parece-me derogatório — o texto do artigo 199, §1º, da Constituição não permite traçar esta distinção de instrumentos jurídicos em função da natureza lucrativa ou não do particular contratado (veja-se que a Carta alude a contratos e convênios sem relacionar um e outro com as entidades com e sem fins lucrativos, estas com preferência para contratar).

É bem verdade que se torna mais evidente, no caso das entidades com fins lucrativos, que as finalidades perseguidas pelas partes são radicalmente distintas, já que o particular persegue o lucro legítimo por sua atividade, enquanto a entidade pública visa às suas finalidades públicas. Mais evidente, nesse caso, que o convênio não seria o instrumento adequado para formalizar tal relação.¹⁹

No entanto, ainda que o particular não tenha finalidade lucrativa, e tenha como objeto social o fomento da saúde e das instituições que se dedicam a essa finalidade, há que se reconhecer que persistirá diferença essencial entre os interesses perseguidos por ele e pelo Estado, especialmente quando o ajuste versar sobre remuneração baseada em serviços prestados (critério de produção). Somente ao Estado incumbe o dever constitucional de garantir tal serviço, o que o coloca na qualidade de contratante dos serviços de terceiros. É sobre ele que pesa a obrigação institucional de prover os serviços objeto da contratação, o que o coloca em posição essencialmente diferente do particular no que concerne ao objeto, ao interesse e à necessidade da avença.

Ademais, parece-me que é o conteúdo da relação jurídica, mais do que a finalidade da entidade privada que dela faz parte, que indica ser o contrato administrativo mais adequado a formalizar tal relação.²⁰

¹⁹ “Nesse sentido, a primeira conclusão a que se chega é que o texto constitucional sinaliza para a formalização das relações jurídicas entre o Sistema Único de Saúde e a iniciativa privada, mediante contrato de direito público, quando se tratar de pessoas que prestam a assistência à saúde com fins lucrativos e, mediante convênio, em se tratando de entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

²⁰ Pode-se cogitar, porém, de hipóteses em que caiba, no âmbito do SUS, a celebração de convênios com entidades com fins lucrativos. Imaginemos que um hospital ou clínica privada (com fins de lucro) deseja ceder uma instalação ou equipamento para uso da rede pública no bojo de uma estratégia de responsabilidade solidária, em regime de mera colaboração. A formalização da relação, neste caso, deve ser feita por convênio.

²¹ A título de exemplo, creio ser possível cogitar da entabulação de um convênio com instituição privada com fins lucrativos. Imagine-se que num determinado Município uma clínica adquire um equipamento sofisticado para exames de diagnósticos e, numa política de responsabilidade social, resolve oferecer um determinado número de exames

Como verificado anteriormente, trata-se no caso de prestações recíprocas que as partes permutam entre si, não de um típico convênio de cooperação, em que cada um “dá o que pode” em direção à consecução do objetivo comum. Ainda que haja cooperação, ainda que também o particular se dedique ao fomento da saúde, trata-se de prestação de serviços, mediante contraprestação monetária. O particular só presta o serviço para obter proveito econômico atinente à sua finalidade, pouco importando se seus controladores se apropriam ou não da mais-valia gerada pela atividade.

Por esses motivos, parece-me indubitável que a relação entre entes públicos e prestadores privado tem natureza essencialmente contratual.

Ressalte-se, nesse sentido, que os convênios — ao contrário dos contratos e exatamente pelo fato de não constituir em obrigações recíprocas e sinalagmáticas — têm maior precariedade, podendo ser denunciados pelos partícipes a qualquer tempo, ainda que tal liberdade possa ser condicionada à prévia manifestação com prazo específico. No caso concreto, parece evidente que o Estado não poderia confiar a execução direta de serviço público essencial a particular com base em convênio, sob o risco de ver a continuidade e qualidade do serviço ameaçadas. A estabilidade jurídica, necessária tanto para o particular quanto para a Administração, só poderá ser atingida por meio da celebração de contrato administrativo, que conferirá maior segurança quanto ao repasse de recursos públicos, maiores instrumentos de controle e garantirá, finalmente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para ambas as partes.

A legislação e a regulamentação incidentes sobre a matéria parecem sinalizar no sentido da efetuação de contratos administrativos para regular a prestação dos serviços públicos de saúde por particulares.

Assim é que a Lei nº 8.080, de 19 de dezembro de 1990, em seu artigo 26, §2º, dispõe que “os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” Da mesma forma, a terminologia utilizada pela lei, ao tratar da relação do particular com as entidades públicas no âmbito do SUS, sugere unissomonamente que se trata de uma relação eminentemente contratual, e não convenial. Assim é que o caput do mesmo artigo 26 menciona expressamente

mensais para a rede do SUS mediante apenas ressarcimento dos gastos com material de laboratório, sem remuneração do capital investido ou da mão-de-obra. Havendo carência destes exames, creio que seria possível e cabível firmar-se um convênio com esta entidade, estipulando obrigações e condições da utilização de tal aparelho.

a “remuneração de serviços”, noção que seria, em princípio, alheia ao escopo de cooperação presente nos convênios.

Ainda, a Portaria nº GM – 1.286, de 26 de outubro de 1993, estabelece que a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato administrativo, observadas as normas pertinentes à licitação e contratos da Administração Pública.²¹

Finalmente, a Norma de Operação da Assistência à Saúde (NOAS) de 2002 estabelece, em diversas passagens, a necessidade de celebração de contrato. Consigna, primeiramente, que o “interesse público e a identificação de necessidades assistenciais devem pautar o processo de compra de serviços na rede privada, que deve seguir a legislação, as normas administrativas específicas e os fluxos de aprovação definidos na Comissão Intergestores Bipartite, quando a disponibilidade da rede pública for insuficiente para o atendimento da população.” (subitem 44.2.). Diante desta diretriz, estabelece ainda a norma que “os contratos de prestação de serviços devem representar instrumentos efetivos de responsabilização dos prestadores com os objetivos, atividades e metas estabelecidas pelos gestores de acordo com as necessidades de saúde identificadas” (subitem 44.3.).

Portanto, apesar da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde preverem tanto o instituto do contrato quanto do convênio para a concretização das avenças com entidades privadas para a prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS, parece-me mais adequado que estas relações sejam preferencialmente formalizadas por meio de contrato. Sensível a isso — e, sobretudo à necessidade de conferir estabilidade jurídica, garantir a continuidade dos serviços e estabelecer instrumentos efetivos de responsabilização dos prestadores — a regulamentação infralegal da matéria já parece apontar nessa direção.

O contrato administrativo assim celebrado deverá seguir as normas gerais previstas no regime da Lei nº 8.666/93, sobretudo aquelas relativas aos contratos de prestação de serviços. Assim é que deverão ser observadas as cláusulas mínimas constantes daquele diploma legal (artigo 55), e as demais regras da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como, por exemplo, aquelas relativas às prerrogativas e deveres do particular e da administração contratante, de formalização e execução dos contratos e de suas alterações. Observe-se, especialmente, que os contratos de prestação de serviços deverão observar o prazo máximo estabelecido pelo artigo 57,

²¹ Sobre a necessidade de licitação para a celebração de tais avenças, ver item abaixo.

inciso II, da lei, correspondente a 60 (sessenta) meses. A oportunidade de refazimento da contratação, neste particular, se mostra não apenas imperativo legal, mas medida extremamente conveniente pois, ao término do contrato, caberá verificar se remanesce ou não a necessidade de contratar tais serviços em face da complementaridade da rede pública.

III A escolha dos particulares que prestarão serviços complementares no âmbito do SUS

As contratações pelo SUS de particulares que prestarão serviços complementares são avenças administrativas. É sabido que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) exige que a celebração de qualquer contrato administrativo, entendido como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”, seja precedida de licitação pública. É esse o ditame extraído do artigo 37, XXI, da CF. Uma vez que se está conferindo vantagem econômica para um particular, em detrimento de todos os outros, deve-se observar o princípio da impessoalidade e igualdade perante a lei.

Haverá nesse caso a necessidade de procedimento de seleção que observe todos os princípios que regem a atividade administrativa, para eleger, entre os particulares em condições de atender aos objetivos da administração, aquele que se beneficiará da aliança com a Administração, da forma mais vantajosa para esta última. Exceções haverá nas hipóteses legais de inviabilidade da objetiva competição (inexigibilidade) ou de admissão da prescindibilidade do certame por razões relevantes (dispensa).

Este cânone legal e constitucional vem refletido (e não poderia ser diferente) na Portaria do Ministério da Saúde nº GM – 1.286, de 26 de outubro de 1993, que, em seu artigo 11, determina que a celebração dos contratos administrativos para a participação complementar da iniciativa privada dependeria de procedimento licitatório.

No entanto, entendo que tal prescrição deve ser lida nos exatos termos do regime legal. A exigência (regra geral) de licitação há que ser vista como cabente sempre que ausentes as situações em que a lei e a Constituição prenotam a contratação direta. É dizer, a licitação deve ser realizada sempre que ela for possível, viável ou quando sua realização não colidir com interesses públicos de maior densidade. Essa é, ademais, a

posição mais consentânea tanto com a prática quanto com o entendimento dos órgãos internos do Ministério da Saúde.²²

Em duas oportunidades anteriores²³ já consignei opinião no sentido de que o instituto da licitação não se presta à seleção dos particulares que prestam serviços complementares no âmbito do Sistema Único de Saúde. A observação atenta do tipo de contrato que se pretende estabelecer neste caso leva à conclusão, isenta de dúvidas, de que a sua celebração com o particular, salvo raras situações,²⁴ não se encontra entre as hipóteses em que é exigida a prévia licitação pública.

Com efeito, as contratações dos serviços complementares parecem tratar-se, no mais das vezes, de hipóteses claras em que a licitação é inexigível, uma vez que inaplicáveis os critérios de seleção previstos na Lei de Licitações para a escolha do particular.

A Lei nº 8.666/93 distingue entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, acordando-lhes disciplina legal distinta. A dispensa de licitação é prevista no artigo 24 da lei e concerne às hipóteses em que, ainda que possível, a licitação não se presta à finalidade pública para a qual existe. Por isso é *numerus clausus*, admitindo-se a dispensa tão somente nos casos enumerados no artigo. Trata-se de casos circunstanciais que derogam a regra geral de prévia licitação para todo e qualquer contrato administrativo.

Diferentemente, a inexigibilidade, disciplinada no artigo 25 da mesma lei, decorre de impossibilidade material ou lógica de se efetuar a licitação para a seleção de particular. Ao contrário da dispensa de licitação, as hipóteses de inexigibilidade de licitação não são taxativamente enumeradas na lei, sendo meramente exemplificativas, como demonstra o emprego da expressão “*em especial*” constante do *caput* do artigo. No caso, deve-se reconhecer, como anteriormente consignei, que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação.

Servem os procedimentos licitatórios para a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, seja em termos econômicos (menor preço), seja em termos técnicos (melhor técnica), seja pela combinação dos

²² V. Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde CJ nº 021/95, de 17 de março de 1995, supracitado.

²³ V. Pareceres supracitados.

²⁴ Por exemplo, na hipótese de necessidade de contratação de um complexo e caro procedimento em região onde haja mais oferta pelos particulares do que necessidade de contratação pela rede pública. Nesta hipótese, sendo de interesse público (por razões econômicas, sociais, territoriais ou organizacionais) contratar apenas um particular naquela região, será de rigor a obrigatoriedade de prévia licitação. Esta hipótese, porém, parece ser absolutamente excepcional.

dois aspectos, que se espelham nos critérios de julgamento utilizados para decidir o certame.

O ponto que me parece suficiente para indicar a inexigência de licitação advém do fato de que tanto mais atenderá ao interesse público (residente, *in casu*, na melhor, mais abrangente e ampla oferta de serviços aos cidadãos usuários do SUS) quanto mais prestadores de serviços complementares houver. Dito de outro modo: verificada a necessidade de contratação de serviços complementares à rede pública do SUS, mais condizente com o interesse dos usuários que todos os particulares interessados estejam aptos a (dentro de condições técnicas e econômicas padrão) oferecer seus serviços. Mesmo porque o pagamento pelos serviços prestados só terá lugar se e quando o cidadão deles se servir, sendo certo que a pactuação de um contrato de prestação de serviços no âmbito do SUS não gera obrigação de pagamento direta e imediata ao poder público (que, observada a regulamentação do Sistema, remunerará os procedimentos realizados).

Tem-se, pois, nítida situação em que o poder público contratante pode contratar com todos os particulares interessados. Sim, pois todos os que estejam habilitados a prestar os serviços complementares efetivamente necessários poderão contratar com o Sistema. Havendo situação de possibilidade de atendimento do universo de interessados (ou seja, ausente do processo o pressuposto de seleção, de restrição, de imperativa eleição da [única, excludente] proposta mais vantajosa, descabe falar em licitação procedimento cujo alvitre é eleger um — portador da oferta mais vantajosa — em detrimento dos demais).

A licitação é, nestas hipóteses e no mais das vezes, inexigível por i) ser inviável — diria eu inconveniente mesmo ao interesse público — a competição; ii) não existir o pressuposto da competição (v.g., a busca de uma única proposta).

Diga-se ademais que, mesmo que se cogitasse de competição, ter-se-ia dificuldade para eleger um critério objetivo de escolha do particular a ser contratado. Com efeito, tanto o valor que remunerará os serviços a serem prestados pelos particulares, quanto a sua qualidade técnica são previamente fixados pelo Poder Público, não admitindo qualquer variação.

Assim é que, segundo o artigo 26 da Lei nº 8.080/90, os critérios e valores para a remuneração dos serviços e parâmetros de cobertura assistencial são estabelecidos pela direção nacional do SUS. Por isso, não há como se utilizar do diferencial econômico para a seleção do particular.

Da mesma forma, a qualidade técnica dos serviços a serem prestados é previamente estabelecida, como informa o mesmo artigo 26, desta vez em seu §2º: “os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Por esses motivos, parece-me evidente que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação, assim entendida como o procedimento previsto na Lei de Licitações e por ela regulada.

Isso não quer dizer, evidentemente, que a contratação dos particulares não deva obedecer a regras pré-determinadas, que resguardem da melhor forma o interesse da Administração contratante e assegurem a consecução dos princípios que orientam a atividade pública. Com efeito, a licitação não trata apenas de assegurar a melhor proposta econômica e técnica para a Administração. Serve ainda para aumentar as expectativas de efetivo cumprimento do contrato pelo particular, por meio do afastamento dos concorrentes que, por exemplo, se encontrem em situação irregular perante o fisco e a previdência social, em má situação econômica e financeira ou ainda que não apresentem experiência anterior na execução de serviços similares (habilitação). Destina-se também a assegurar a consecução dos princípios e diretrizes que devem pautar os atos da Administração pública. Essas finalidades poderão e deverão ser atendidas, por meio de procedimento próprio a ser adotado pela Administração contratante. Os itens anteriormente referidos da NOAS 2002 são expressos nesse sentido.

Ainda mais explícito é o subitem 44.4. da Norma, que prevê que “os procedimentos técnico-administrativos prévios à realização de serviços e à ordenação dos respectivos pagamentos, especialmente a autorização de internações e de procedimentos ambulatoriais de alta complexidade e/ou alto custo, devem ser organizados de forma a facilitar o acesso dos usuários e permitir o monitoramento adequado da produção e faturamento de serviços”.

Como já dito anteriormente, trata-se de adotar procedimento obediente aos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e legalidade sem, contudo, ficar adstrito aos lindes procedimentais da licitação típica. Frise-se, para que dúvida não paire: o fato de ser a licitação inexigível não está a significar contratação no primado da informalidade. Não. Tanto por força do artigo 26 (exige autuação, motivação e formalização dos pressupostos ensejadores da contratação direta), como por decorrência do artigo 54, §2º (estipula que os contratos firmados diretamente adstrir-se-ão aos

termos do ato que os autorizou, o que também os vincula ao procedimento prévio), ambos da Lei nº 8.666/93, resta claro que o contrato realizado sem prévio certame licitatório deverá observar regras e procedimentos formais. A meu ver, quando ausente a licitação, maiores deverão ser a preocupação e as cautelas do administrador para demonstrar e fundamentar a observância dos indesviáveis princípios da administração pública no seu proceder.

A contratação de particulares prestadores de serviços complementares deverá observar, na maioria das oportunidades, o procedimento de credenciar os particulares para prestação dos serviços, assegurando a regularidade e a firmeza da contratação, bem como as características subjetivas e objetivas do contratado necessárias ao bom funcionamento dos serviços e do contrato.

O credenciamento a que me refiro aqui não deve ser confundido, evidentemente, com a noção de agentes credenciados, espécie do gênero agentes públicos. Conforme a definição de Hely Lopes Meirelles, os agentes credenciados “são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante”.²⁵ Trata-se de instituto específico, destinado tão somente ao credenciamento de pessoas físicas, que se tornam agentes públicos, investidos por mandato específico (é o caso, por exemplo, de médico credenciado para prestar serviços profissionais nos postos de saúde). Evidentemente, não é deste credenciamento que se está a tratar.

Tal credenciamento deve ser entendido como o processo não de seleção, mas de qualificação dos particulares, de habilitação para que possam vir a contratar com a Administração. Trata-se, essencialmente, de verificar a satisfação de condições de regularidade e de conhecimento técnico necessárias a conferir segurança à Administração para a contratação.

O credenciamento deverá ser precedido de convocação de todos os interessados para que se cadastrem junto à Administração gestora (chamamento público). Para o cadastramento, os particulares deverão demonstrar o preenchimento de condições mínimas de habilitação, definidas dentro do rol constante dos artigos 29 a 31 da Lei de Licitações. Deverão igualmente ser estipulados os requisitos mínimos que deverão ser satisfeitos pelos particulares, tais como documentos, atestados ou a disponibilidade de equipamentos ou de instalações. Estes requisitos deverão, evidentemente,

²⁵ *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76.

restringir-se àquelas condições imprescindíveis ao cumprimento do contrato e do interesse público envolvido, de maneira a prevenir eventuais contestações posteriores dos interessados que se encontrarem eventualmente excluídos do credenciamento.

Competirá, então, à Administração firmar contrato com aqueles que atenderem às condições exigidas, obedecendo às regras e ditames da Lei Orgânica do SUS, da Norma Operacional Básica e da Norma Operacional de Assistência à Saúde, bem como da regulamentação vigente.

Certo está que, se no curso do contrato firmado com os particulares credenciados, sobrevierem alterações na forma de prestação dos serviços (por exemplo, introdução de uma nova modalidade de procedimento mais rentável ou alteração nas condições de pagamento), haverá de ser, por cautela, reaberto o processo de chamamento público de modo a contemplar, eventualmente, novos particulares que passem a se interessar pela prestação dos serviços à luz das novas condições econômicas ou operacionais.

IV Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e cooperativas no âmbito do SUS

O tema da contratação de cooperativas, organizações sociais (OSs) e de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) envolve, necessariamente, enfrentar o tema da terceirização das atividades da administração. Embora o escopo do presente estudo cinja-se ao tema principal da contratação de serviços complementares ao SUS, a contratação destas entidades impõe darmos um pequeno passo atrás para bem focar a questão aqui analisada.

Lembremos que, consoante visto no Tópico I deste trabalho, os serviços de saúde admitem entre nós uma gama variada de regimes de prestação. Temos, basicamente, os serviços prestados em regime público (ambiente do SUS) e em regime privado (regime de mercado, ambiente predominado mas não exclusivo da saúde suplementar). No primeiro, âmbito do SUS, temos a seu tempo também dois regimes. Os serviços prestados diretamente pelo poder público (aqueles que devem constituir o cerne dos serviços oferecidos no SUS, cuja execução há de estar a cargo de ente público) e os serviços prestados complementarmente por entes privados, com ou sem finalidade lucrativa. No segundo, campo da medicina dita privada, prevalecem as relações de mercado, sujeitas a intensa regulação, seja corporativa e profissional (*v.g.* aquela exercida pelos órgãos

de classe — CRM's; CFM), seja pública e geral (v.g. aquela exercida pelos órgãos de vigilância sanitária), seja ainda pública e setorial (v.g. aquela a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que recai sobre os serviços de saúde objeto de planos de assistência em qualquer de suas modalidades).

Quando estamos no âmbito dos serviços públicos de saúde (pouco importa aqui tratar-se de serviços públicos próprios ou impróprios, pois a introdução da competição nesta seara econômica faz um pouco sem sentido esta distinção), temos que reconhecer que estes serão prestados de forma direta ou indireta. A forma indireta refere-se aos serviços complementares (conforme artigo 199, §1º da CF), passíveis de serem delegados àquilo que a Constituição denomina "instituições privadas",²⁶ deles estamos a cuidar ao longo de todo este trabalho.

Entretanto, mesmo quando a Administração Pública cuida de oferecer uma utilidade aos cidadãos diretamente (ou por ente da administração indireta, porém sem trespassar sua exploração à iniciativa privada em regime público), isso não lhe impede de contratar particulares para fornecer bens, prestar serviços ou executar obras necessários ao exercício desta atividade cometida ao ente estatal.²⁷ É certo que o hospital público

²⁶ Não seria de todo despropositado sustentar que nesta seara estamos diante da delegação da prestação de serviço público não exclusivo, tendo a Constituição previsto para os serviços de saúde instrumentos de delegação específicos (convênios ou contratos de direito público) distintos daqueles instrumentos gerais referidos no seu artigo 175 (concessão ou permissão). O raciocínio é consistente e me encanta. Porém, aqui não calhará avançar muito nesta senda, pois tornaria ainda mais intrincado o já complexo trabalho. Fica porém lançada a linha de pesquisa para uma empreitada posterior.

²⁷ Em outra oportunidade, expus esta questão, asseverando: "8. Assim, a viabilização das atividades estatais sempre dependerá, em última instância, do estabelecimento de vínculo com particulares. Afinal, os agentes públicos nada mais são do que pessoas privadas que travam relacionamento obrigacional com o Estado para executar uma dada atividade ou função públicas. Afóra aqueles que exercem o poder estatal, recebendo a atribuição (mandato ou investidura) para exercer função pública (v.g., os detentores de mandato parlamentar, os governantes eleitos, os magistrados), os demais servidores estatais firmam com o estado um vínculo de contraprestação obrigacional, pelo qual executam um trabalho (subjacente ao exercício da função) recebendo por isso. 9. O que difere uma da outra hipótese de contratação de particulares é o tipo de relacionamento do ente estatal (personificado juridicamente como centro de direitos e obrigações) com estas pessoas físicas ou jurídicas. O recurso do Estado às pessoas físicas (servidores) para o exercício de suas atividades estabelece um vínculo contínuo e permanente (o "funcionário" é contratado, via de regra após concurso público, para exercer uma dada função pelo tempo em que permanecer na carreira). Já o concurso de pessoas jurídicas é estatuído de forma pontual e segmentada (a empresa é contratada, no mais das vezes após licitação pública, para executar um dado cometimento, certo, determinado e aprazado). Isso porque, ao contrário do que ocorre com a contratação de empresas, a execução de atividades públicas por indivíduos (servidores) leva, necessariamente, à manutenção do vínculo. 10. A partir desta diferença essencial, pode-se lobrigar os limites à discricionariedade referida no item 5 acima. Haverá algumas atividades que, por previsão implícita ou explícita no texto constitucional, não se coadunam com a realização através de particulares pessoas jurídicas. Aqui estamos diante das funções essenciais do Estado que envolvem, necessariamente, uma margem de exercício do poder decisório ou que envolvem, indelevelmente, o exercício do poder de coerção. Refira-se, desde já (e ao tema voltaremos mais adiante), que aquelas atividades que o Estado executará somente por intermédio de pessoas físicas (seus servidores ou mesmo empregados públicos) são apenas aquelas que consubstanciam, concretamente, o poder decisório ou o poder coercitivo, não atingindo outras atividades preparatórias, instrumentais, incrementais ou de suporte que possam (ou que, dentro daquela margem de discricionariedade de que falava há pouco, devam) ser efetivadas por meio de pessoas jurídicas privadas. 11. Em suma, afóra aquelas atividades que sejam, desde o texto constitucional, inerentes ao poder estatal (legislar, implementar a jurisdição, cercar as liberdades individuais, por exemplo), será sempre lícito que, para execução destas atividades, o Estado se socorra de particulares pessoas jurídicas e não de pessoas físicas. Aqueles que exercem a chefia da Administração (e que no Estado Democrático de Direito são eleitos para tanto) podem optar por construir uma usina hidrelétrica recorrendo apenas aos seus funcionários, comprando equipamentos e concursando especialistas. Seria

deverá contratar com particulares o fornecimento de materiais hospitalares ou a compra de medicamentos ou insumos. Da mesma feita, não é írrito ao ordenamento jurídico que algumas atividades-meio sejam cometidas aos particulares (não na forma de contratação de serviços complementares ao SUS, mas mediante prestação, em regime de empreitada de serviços). Assim é que o hospital público poderá optar, ao lume das premissas de gestão adotadas, contratar, junto a empresas privadas, serviços de vigilância, limpeza, refeições, por exemplo.

A questão assume contornos mais complexos e intrincados justamente quando o ente público (laboratório, clínica, hospital) passa a contratar (terceirizar, se assim quisermos) a iniciativa privada para execução de atividades-fim, em bloco, transformando o estabelecimento público e saúde em verdadeiro *cluster* de atividades de saúde. Embora eu entenda que no caso de contratação pontual de serviços inerentes, acessórios ou complementares por instituição pública integrante do SUS não caiba falar em contratação de serviços complementares ao Sistema,²⁸ a generalização destas contratações (mormente quando se trate da contratação de atividades inerentes, atividades-fim, diretamente ligadas ao atendimento da saúde nas diversas especialidades médicas) pode acarretar um desvirtuamento do preceito constitucional que comete preferentemente ao poder público a prestação dos serviços de saúde no âmbito do SUS. Bem é verdade que não há óbice legal para que os entes públicos contratem particulares para exercer atividades inerentes à prestação dos serviços por um hospital público. Porém, se estas contratações, somadas, implicarem no cometimento

uma catástrofe do ponto de vista da gestão da coisa pública, mas nem por isso ilegal. Do mesmo modo, pode o administrador optar por contratar empresas para gerenciar ou subsidiar a atividade de fiscalização de um dado cometimento executado por particulares sem que com isso violente o ordenamento jurídico. 12. Note-se, porém, que quando se faz referência à execução de um determinado serviço ou obra públicos por meio da contratação de particulares, não se está referindo especificamente ao instituto da concessão deste serviço ou obra a particulares. Dentro do gênero (contratação de empresas para cometer estas atividades) situam-se diversas modalidades de execução destes cometimentos. Pode-se ter tal execução por concessão, permissão, empreitada ou tarefa. Destas duas últimas, a concessão se difere porque, nela, o particular executa o serviço por sua conta e risco, conforme prenota a própria definição legal do instituto (Cf. artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95). Na empreitada (por preço global, unitário ou integral) e na tarefa, não há delegação e a execução é contratada às expensas e sob responsabilidade da Administração (Cf. artigo 6º, VIII e artigo 7º, §2º, III da Lei nº 8.666/93). (cf. meu A Contratação de Empresas para Suporte da Função Reguladora e a Indelegabilidade do Poder de Polícia. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, 2000, p. 65-82).

²⁸ Pois não se trata do trespasse, da delegação da prestação do serviço de saúde, mas apenas da contratação de uma atividade isolada para integrar o plexo de atividades oferecidas pelo ente público aos usuários do SUS. É importante notar que do fato de, a meu ver, não se tratar de serviços complementares, exsurtem várias concorrências. Três são particularmente relevantes. A primeira é que o contratante destes serviços não é o SUS, mas o ente público dele integrante. A segunda é que para contratação destes serviços não se aplica a regra de inexigibilidade de licitação tal como acima exposta (afinal neste caso o hospital público contrata um particular para prestar-lhe o serviço, devendo buscar aquele que lhe ofereça a melhor proposta). A terceira é que a remuneração deste particular provirá dos recursos do hospital público e não do SUS, prendendo-se os eventos de pagamento não diretamente aos serviços prestados aos usuários dos serviços públicos e gratuitos, mas sim da efetiva prestação dos serviços pelo particular ao hospital (é dizer: a empresa de segurança não emitirá um guia de prestação de serviço de vigilância contra o SUS, mas faturará os seus serviços contra o hospital a partir de critérios serventes ao escopo do contrato).

integral da gestão do hospital público para os particulares, teremos uma contradição entre a natureza pública do ente e sua gestão privada.

Ainda mais intrincada se mostra a questão quando analisamos os instrumentos introduzidos pela legislação novel que procurou disciplinar a relação entre o Estado e os organismos do terceiro setor, sejam Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

A Lei Federal nº 9.637/98 introduziu as Organizações Sociais que, entre outras, podem ser qualificadas para proteção e desenvolvimento da saúde. No seu artigo 5º, dita lei prevê que tais entes (OS's) firmem com o Poder Público contratos de gestão de modo a assumir o fomento e a execução de algumas atividades, entre elas a saúde. Já no artigo 12, prevê-se a possibilidade do poder público destinar recursos e bens públicos necessários ao cumprimento dos contratos de gestão. Por fim, quanto ao que aqui importa, vemos expresso no artigo 18 que "a organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde".

Disso decorre a possibilidade de que o poder público trespassasse a pessoas jurídicas de direito privado (assim o artigo 1º da Lei nº 9.637/98 classifica as OS's) a prestação de atividades de saúde antes desempenhadas por entidades públicas de âmbito federal.²⁹ De minha parte, não tenho a mesma convicção de alguns doutrinadores que vislumbram na lei das OSs inconstitucionalidade patente.³⁰ Porém, parece-me convincente a tese de que a retração da atuação direta do Estado no âmbito do SUS (mediante trespassa a pessoas jurídicas de direito privado — OS's, na dicção da lei — da gestão de parte da rede antes operada por entidades públicas federais) contraria o princípio da complementaridade previsto no artigo 199, §1º da CF (como disse eu alhures, verdadeiro princípio da subsidiariedade ao contrário, pois nesta seara a iniciativa privada somente poderá atuar onde o setor público não lograr fazê-lo). Esta contrariedade está no fato de que, firmado com uma OS um Contrato de Gestão para que ela assuma a gestão de uma atividade pública na área de saúde, fazendo as vezes do poder público, se está transferindo ao ente privado a integralidade da atividade-

²⁹ É de se notar que consoante a redação dada ao artigo 18, é possível sustentar que o trespassa de atividades na área de saúde somente atingiria entidades da Administração pública federal. Sim, pois se não se admite que algum ente preste serviços de saúde pública sem observar os princípios legais e constitucionais do SUS, somente se pode dar sentido jurídico ao adjetivo "federal" se nele vislumbrarmos uma prescrição restritiva, aplicável apenas à União.

³⁰ Neste quadrante, é de referência obrigatória o substancial parecer do Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador Geral da República emitido em 27 de maio de 1998.

fim de saúde (cometendo-lhe inclusive a gestão), com os bens e recursos a ela inerentes. Embora entenda eu não se tratar propriamente de uma privatização (pois que não se alienam os bens ou a atividade, transferidos que são eles mediante contrato passível de extinção ou desqualificação da OS), tal trespassa de atividade pública implica uma redução do campo de atuação estatal mediante introdução da gestão privada sobre o serviço público antes direta e integralmente a cargo do Estado.

Por outro lado, a Lei Federal nº 9.790/99 previu a possibilidade de que pessoas jurídicas de direito privado se qualificassem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, devendo ter por objeto, entre outras finalidades, "a promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação" das OSCIP's. Mais adiante (artigo 9º e artigo 10º) vemos previsto que, mediante Termo de Parceria (instrumento de típico corte convencional), o poder público pode cometer às OSCIP's a execução de atividades de saúde.³¹ Diferentemente das OSs, as OSCIP's assumem uma função de parceiras do poder público e não de substitutas dele.

Tenho comigo, portanto, que do cotejo das duas leis surge uma diferença na relação jurídica de OSs e OSCIPs. As primeiras atuam na área da saúde em substituição ao poder público (notar que o artigo 18 fala de entidade da administração federal que seja extinta), assumindo a gestão de entidade e atividades públicas, é dizer, integrantes do cerne público do sistema. Daí por que assumem bens públicos inerentes à atividade, que permanecem sendo bens públicos.³² Já as OSCIPs podem se emparceirar com o poder público na área de saúde assumindo o papel já reservado pela

³¹ Como se vê, as atividades desempenhadas pelas OSCIPs guardam relação com o fomento dos direitos sociais e políticos, entre os quais a saúde. O título de OSCIP corresponde a uma qualificação específica acordada a determinadas entidades que, por se encontrarem dedicadas às finalidades anteriormente indicadas, desenvolvem relacionamentos específicos com o Poder Público, aproximando-se consideravelmente da esfera pública e dependendo, na maior parte dos casos, de recursos públicos para o custeio de suas atividades. A Lei nº 9.790/99 e a sua regulamentação explicitam tal relacionamento, prevendo prerrogativas, benefícios e obrigações decorrentes de tal proximidade. Assim é que, por exemplo, o artigo 4º da Lei nº 9.790/99 prescreve que seria necessário que a OSCIP seja regida por estatuto, cujas normas disponham sobre: i) a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; ii) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; iii) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade. Ainda, referido estatuto deve conter normas que expressamente prevejam i) que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP e que, preferencialmente, tenha o mesmo objeto social da extinta; ii) que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação de OSCIP, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra OSCIP, que tenha, preferencialmente, o mesmo objeto social; iii) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade em decorrência do vínculo empregatício, que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação.

³² Note-se que o artigo 16, §2º da Lei nº 9.637/98 alude expressamente à reversão dos bens públicos caso a OS seja desqualificada enquanto tal.

Constituição para a iniciativa privada (essa é, vimos, a expressa prescrição do artigo 3º, IV).³³

Ou seja, no que tange à prestação dos serviços de saúde, se o poder público firmar contrato de gestão com uma OS, esta estará atuando como se poder público fosse. Já se houver um Termo de Parceria com uma OSCIP, esta estará atuando como uma entidade privada sem fins lucrativos, executando apenas atividade complementar, mediante acordo de natureza convencional. Em ambos os casos pode-se argumentar tratar-se de medidas que vão contra o princípio da complementaridade supra aludido. Porém, no primeiro caso, o poder público terá maior margem para exercer essa modalidade de “privatização”. Já no caso das OSCIP’s, somente poder-se-á falar na formalização de Termos de Parceria se houver a necessidade da oferta de serviços complementares (e neste caso, por não terem finalidade lucrativa, as OSCIP’s terão a mesma prioridade constitucional — cf. artigo 199, §1º, da CF — que as filantrópicas e demais entidades privadas de cunho não lucrativo).

Por fim, uma nota preambular também sobre as cooperativas. Dentro dos quadrantes das diversas relações possíveis no âmbito do SUS, pode-se dizer que, em tese, as cooperativas podem atuar nas três esferas de envolvimento da iniciativa privada. Se olvidarmos as questões relacionadas ao direito trabalhista, uma cooperativa pode se envolver nos serviços prestados diretamente pelo poder público (figurando como contratado em regime de empreitada). Pode, também em tese, ser contratada para prestar os serviços complementares ao SUS. Por fim, pode, como expressamente prevê a legislação reitora da saúde suplementar (Lei Federal nº 9.656/98), atuar no campo da assistência à saúde, área reservada ao regime privado.

Os problemas que se colocam, quando estamos diante das cooperativas, dizem com a possível distorção que estas entidades podem ensejar i) ao regime de trabalho, pois podem implicar em subtração de direitos trabalhistas dos cooperados (matéria que vem sendo reiteradamente objeto de decisões da justiça laboral); ii) caracterizar burla ao regime dos servidores públicos (desviando-se tanto das regras atinentes ao provimento de cargos públicos, quanto burlando o regime de direitos condizente aos cargos ou empregos públicos). Estas questões mereceriam abordagem jurídica específica, não cabente nos lindes deste trabalho.

³³ As OSCIP’s não têm reservado o direito de assumir bens públicos. Seu patrimônio, em contrapartida, não é revertido para o poder público. Tanto que o artigo 4º, inciso IV, da Lei nº 9790/99 prevê a obrigação de que, em caso de dissolução da entidade, o patrimônio deverá ser destinado a outra OSCIP.

Para o fim que tem em vista o presente trabalho, cumpre perquirir sobre as conseqüências jurídicas da contratação das cooperativas. É o que faço na seqüência.

IV.1 Cooperativas

No que respeita às cooperativas, inexistente legislação específica quanto às cooperativas de médicos, aplicando-se para isso a legislação genérica de cooperativas (Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971), norma esta concebida com vistas especialmente às cooperativas agrícolas e de crédito.

Por se referir a uma ampla gama de cooperativas e de atividades,³⁴ a legislação tem conteúdo essencialmente abstrato, que em nada influi para a disciplina específica da prestação dos serviços públicos de saúde pelas cooperativas de médicos. Conforme o artigo 3º da lei, as cooperativas servem a conferir unidade jurídica para a associação de pessoas com vistas ao exercício de atividade econômica, nas condições que a lei estabelece: “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

O artigo seguinte define as cooperativas como “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: (...)” Vê-se, portanto, que a cooperativa constitui pessoa jurídica distinta de seus associados (como se depreende da utilização da locução “demais sociedades”). Tal fato se verifica ainda tendo em vista que as cooperativas, na forma da lei, devem contar com estruturas e órgãos mínimos típicos das sociedades (como a Assembléia Geral e o Conselho de Administração, por exemplo) e por estar prevista na lei a responsabilidade ilimitada dos associados em relação à cooperativa (artigo 12), o que pressupõe personalidade jurídica distinta.

O regime jurídico a que se sujeitam as cooperativas é bastante lasso, ainda que a lei fixe determinados requisitos que devem ser obedecidos por estas entidades. Inicialmente, a lei prevê a necessidade de autorização de funcionamento, da parte do respectivo órgão federal de controle, no Distrito Federal ou Territórios, ou ainda da parte de órgão local credenciado para efetuar tal autorização, para que a cooperativa se constitua

³⁴ Conforme o artigo 5º da lei, “as sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão “cooperativa” em sua denominação”.

(artigo 17 e seguintes). Os documentos relativos à criação da cooperativa, após a autorização de funcionamento, devem ser arquivados perante a Junta Comercial do Estado de sua sede (artigo 18), com a respectiva publicação.

A lei regula ainda os requisitos essenciais do estatuto social das cooperativas (artigo 21), os livros básicos que deverá possuir (artigos 22 e 23), sua relação com os associados (artigos 29 a 37) e os órgãos sociais mínimos (artigos 38 a 43), entre outros aspectos.

Assim, atendidos os requisitos de regularidade na constituição e funcionamento das cooperativas, ou seja, estando elas regulares do ponto de vista da legislação específica, poderão as cooperativas ser contratadas pela Administração para a prestação dos serviços públicos de saúde, como qualquer outra empresa, associação, fundação ou outra entidade privada. Com efeito, não me parece haver nenhuma particularidade no que respeita ao regime das cooperativas a não ser a necessidade de observação das suas regras de constituição ou funcionamento, o mesmo devendo ser observado em relação a quaisquer entes privados que contratem com a Administração, conforme sua natureza jurídica.

Certo é que parte da doutrina sustenta não ser lícito que a Administração contrate com cooperativas.³⁵ O principal argumento lançado por estes doutrinadores é que as cooperativas gozam de benefícios tributários não extensíveis aos demais licitantes, o que adulteraria o regime competitivo. O argumento não cala fundo. Fosse ele suficiente para excluir algum ente privado da possibilidade de participar de licitação e teríamos que aferir, em todo o certame, o regime tributário aplicado a cada licitante (pois muitas vezes, dada a guerra fiscal, a sede do concorrente define um regime tributário mais favorável) ou ainda se ele não se beneficia de uma linha de crédito mais favorável. Sustentar tal tese seria levar ao extremo o princípio da isonomia (transformado em igualdade absoluta) em detrimento do princípio da vantajosidade (busca da proposta mais vantajosa).

De resto, nunca é demais lembrar que a Lei nº 8.666/93 admite mesmo a contratação de pessoas físicas (artigo 28, I e artigo 29, I) e de sociedades civis (artigo 28, IV), enfraquecendo essa argumentação de prevalente isonomia tributária.

Sustentar a possibilidade de que cooperativas possam ser contratadas pela Administração (e, por consequência, pelo SUS) não significa olvidar

³⁵ Neste sentido ver MUKAI, Toshio. Cooperativas de Trabalho não Podem Participar de Licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano. 2, n. 19, p. 2314.

dos problemas que tal forma de organização enseja. Não se descure dos problemas que podem acarretar (podem, mas não necessariamente acarretam) para a preservação dos direitos trabalhistas. Não se desconheça o risco que a cooperativização leve à cartelização de atividades médicas em pequenas localidades. Porém, parece um tanto exagerado impedir que as cooperativas (sem exclusividade e com observância da legislação) se prestem a ser contratadas pelo Estado e, até mesmo, de disputar licitação quando cabível.

IV.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)

No tocante à contratação de OSCIPs, é de se observar que foram estendidos a estes entes privados, guardadas as devidas proporções, os princípios que norteiam a atividade tipicamente administrativa, em razão da proximidade destes entes com a esfera pública e do repasse freqüente de recursos públicos a este gênero de entidades (cf. artigo 4º, I, Lei nº 9.790/99).

Para regular especificamente tal repasse, há previsão da possibilidade de que seja firmado entre a OSCIP e o Poder Público o "Termo de Parceria" (artigos 9 a 15 da Lei nº 9.790/99). Referido termo de parceria é destinado à formação de um vínculo efetivo entre as partes, para o fomento e a plena execução das atividades de interesse público que fazem parte dos objetivos sociais da OSCIP. É por meio do Termo de Parceria que a OSCIP passa a ser intitulada a receber recursos públicos. Pelo acima exposto, conjugado com a prescrição de gratuidade prevista no artigo 2º da Lei das OSCIPs, esse Termo de Parceria teria natureza convenial e não contraprestacional (contratual).

A lei prevê ainda um acirrado controle exercido pelo Poder Público sobre essas entidades, em razão de sua proximidade com suas atividades. Há previsão expressa da obrigatoriedade da prestação de contas anual, da contratação de auditoria externa e independente e de outros mecanismos de controle, nos termos do disposto nos artigos 11, 12 e 19 do Decreto nº 3.100/99.

No quadro legislativo atual, a aquisição da qualidade de OSCIP pelas entidades prestadoras de serviços de saúde dependeria da gratuidade da prestação destes serviços, conforme o disposto no artigo 4º anteriormente citado.³⁶ No entanto, é difícil divisar interesse dos particulares na migração

³⁶ Veja-se que a Lei nº 9.790/99 alude expressamente (artigo 3º, IV) a promoção gratuita da saúde. É de se notar que a referência à promoção gratuita da saúde deve ser entendida no sentido de gratuidade para o utente (paciente) e não a gratuidade no sentido de interditar o recebimento de qualquer valor a título de subsídio ou subvenção, pois isso contrariaria a própria lógica da criação das OSCIPs.

para este novo regime jurídico. Com efeito, uma das principais vantagens a ser obtida com o novo regime para o particular — a inexistência de licitação para a contratação com o Poder Público — já existe, no caso da prestação dos serviços de saúde, independentemente da natureza jurídica da entidade contratada, como vimos anteriormente.

Do ponto de vista do Poder Público, a transformação da relação contratual com as entidades prestadoras de serviços complementares no âmbito do SUS viria, a meu ver, a enfraquecer a força das obrigações contidas no acordo e a “maquiar” realidade de prestação remunerada dos serviços. Por outro lado, a migração das entidades prestadoras para o regime das OSCIPs faria incidir sobre elas novas regras e novos órgãos de regulação e controle, o que, se por um lado, pode ensejar maior controle sobre tais atividades, por outro tende a burocratizar e confundir a regulação, a menos que seja prevista coordenação intensa entre os órgãos responsáveis pelo controle.

Por outro lado, é interessante observar que parcela dos mecanismos de controle existentes na Lei das OSCIPs — que foram desenhados, em grande parte, para coibir fraudes dos particulares na prestação ou auxílio de atividades intrínsecas ou próximas ao Estado, especialmente quando envolvem repasse de recursos públicos — poderiam ser estudados e eventualmente transpostos para o setor da saúde, no regramento das relações entre entes públicos e particulares. Assim é que, por exemplo, o conteúdo da prestação de contas ou a exigência de auditoria externa poderiam ser adotados como parâmetros para o acompanhamento e avaliação dos contratos administrativos na área da saúde, sopesados os custos econômicos e operacionais de tais controles.

V A fiscalização da relação entre entes públicos e particulares prestadores dos serviços de saúde: Tribunal de Contas do Estado ou da União

Outra questão atinente à relação entre entes públicos e particulares prestadores dos serviços de saúde refere-se à competência para a fiscalização de tais contratos e dos recursos repassados a esse título. É fato que os constitucionalistas e dentre nós, muitos administrativistas, não se aperceberam ainda do grau de complexidade que o regime constitucional do SUS enseja. Dentre estas complexidades avulta a questão federativa. O SUS é um sistema envolvendo a participação das três esferas da federação.

Mais, ele envolve recursos federais, estaduais e municipais, todos objeto de vinculação específica. Tal sistema acarreta, por óbvio, um sistema de fiscalização intrincado.

Para abordar este tema, além da digressão a respeito do relacionamento entre União, Estado e Municípios para a prestação dos serviços públicos de saúde constante do próximo item, convém delimitar essencialmente as competências de cada um dos entes no que concerne à prestação dos serviços sujeitos à contratação de particular:

V.1 A competência da União, Estados e Municípios para a prestação dos serviços sujeitos à contratação de particular

De maneira geral, compete à esfera federal elaborar normas para regular as relações entre o SUS e os serviços privados de assistência, bem como o estabelecimento de critérios e valores para a remuneração dos serviços³⁷ e de parâmetros técnicos de cobertura. Tais normas concretizam-se por determinação do Ministério da Saúde e aprovação do Conselho Nacional da Saúde.

Quanto aos Municípios, cabe em princípio a eles a execução direta dos serviços de saúde, incumbindo-lhes, portanto, ainda em tese, celebrar contratos e convênios com entidades privadas que executem tais serviços em seu nome, nos limites, valores, parâmetros e normas técnicas fixados pelo gestor federal. Portanto, cabe em princípio ao Município a relação direta com os prestadores públicos e privados.

Segundo a NOAS 2002, a habilitação dos municípios junto ao Sistema Único de Saúde passou a se dar, a partir da publicação da norma, nas condições de GPSP e GPAB-A³⁸ que, comparadas às formas de gestão anteriores (incipiente, parcial e semiplena), conferem maior autonomia aos entes municipais. Tanto em um caso como no outro, conforme os itens 54 e 55 da Norma, constitui dever e prerrogativa do município “a gestão municipal de todas as unidades [básicas, no caso da GPAB-A e de qualquer natureza, no caso da GPSP] de saúde, públicas ou privadas (lucrativas e filantrópicas) integrantes do SUS, localizadas no território municipal”. Portanto, caberá aos

³⁷ Critérios para a transferência de recursos (Lei nº 8.080, artigo 35): i) perfil demográfico da região; ii) perfil epidemiológico da população a ser coberta; iii) características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; iv) desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; v) níveis de participação do setor Saúde nos orçamentos estaduais e municipais; vi) previsão do Plano quinquenal de investimentos da rede; vii) ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

³⁸ Para uma descrição de tais níveis de autonomia de gestão municipal sobre os serviços de saúde, ver item VI.

municípios, em tese, a celebração dos contratos ou convênios com os entes privados referidos.

No que concerne aos Estados, a estrutura do Sistema Único de Saúde não prevê, ao menos em tese, nenhuma competência específica do gestor estadual em relação aos serviços privados contratados pelo SUS. Em princípio, não lhes cabe normatizar tal relação, contratar tais serviços, ou ainda controlar e avaliar seu desempenho. No entanto, conforme subitem 53.2. da NOAS 2002, “cabe à Secretaria Estadual de Saúde a gestão do SUS nos municípios não habilitados (em GPSM ou GPAB-A), enquanto for mantida a situação de não habilitação.” Portanto, para aqueles municípios que ainda não atingiram a habilitação nessas duas modalidades de gestão, é o Estado que desempenha o papel de gestor dos contratos celebrados com os particulares.

Além disso, de forma mais genérica, cabe aos Estados, habilitados para a Gestão Avançada ou Plena do Sistema Estadual, suprir as lacunas deixadas pela gestão municipal. Assim é que lhe são atribuídas as funções de gerir atividades específicas, notadamente as ações de média e alta complexidade nos municípios que não atingiram ainda a condição de GPSM. O desempenho de tais funções pode vir a contar com o auxílio de particulares. É possível, portanto, no sistema atual, que o Estado venha a ter serviços prestados por entes privados sob sua gestão direta.

Nesse sentido, no que se refere à Gestão Plena, o item 58 da NOAS/2002 prevê entre as responsabilidades do Estado o “cadastro, contratação, controle, avaliação e auditoria e pagamento aos prestadores do conjunto dos serviços sob gestão estadual”.

V.2 O regime de fiscalização dos contratos e recursos

No que se refere ao controle interno pelas entidades contratantes, a NOAS/2002 contém alguns dispositivos relacionados ao regime de fiscalização da contratação de particulares pelas diferentes esferas de governo. Como prevê o item 47, de maneira genérica, “os estados e municípios deverão elaborar seus respectivos planos de controle, regulação e avaliação que consistem no planejamento do conjunto de estratégias e instrumentos a serem empregados para o fortalecimento da capacidade de gestão.”

O item 44 da mesma norma precisa a natureza do controle a ser exercido pelo gestor do contrato: “o controle e a avaliação dos prestadores de serviços, a ser exercido pelo gestor do SUS responsável de acordo com a

condição de habilitação e modelo de gestão a ser adotado, compreende o conhecimento global dos estabelecimentos de saúde localizados em seu território, o cadastramento de serviços, a condução de processos de compra e contratualização de serviços de acordo com as necessidades identificadas e legislação específica, o acompanhamento do faturamento, quantidade e qualidade dos serviços prestados, entre outras atribuições.”

Finalmente, de maneira mais específica, o subitem 44.1. prevê a obrigatoriedade de manutenção, pelo gestor do contrato, de cadastro “completo e fidedigno” das entidades contratadas ou conveniadas.

No que se refere ao controle externo destes contratos, a fiscalização deve obedecer às regras gerais constantes da Constituição Federal e da legislação correlata.

Compete ao Tribunal de Contas da União, nos termos previstos no artigo 71, VI da Constituição Federal, “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”. Nesse sentido, o repasse de verbas federais para o pagamento, pelos Municípios ou Estados, de serviços prestados pelos particulares, deverá submeter-se ao controle do Tribunal de Contas da União, conforme a dicção constitucional. No caso do Sistema Único de Saúde, o pagamento de grande parcela dos serviços prestados por particulares dá-se por meio de repasse do Fundo Nacional de Saúde, aos Estados e Municípios, para que estes efetuem os pagamentos das entidades contratadas ou conveniadas. Tal fato justificaria, portanto, o controle do TCU sobre tais repasses.³⁹

Por outro lado, é da sistemática federativa que os contratos, convênios e outros instrumentos jurídicos celebrados no âmbito de cada esfera de governo sejam submetidos à apreciação e fiscalização do Tribunal de Contas competente para o julgamento dos atos daquela esfera. No caso concreto ora analisado, caberia aos Tribunais de Contas estaduais — e, eventualmente, ao Tribunal de Contas do Município, caso existente — a apreciação dos contratos celebrados com particulares para a prestação dos serviços de saúde pelos Estados ou Municípios encarregados da gestão do sistema, no âmbito de seu território.

É de se questionar, assim, se as competências acima delineadas são superpostas, excludentes ou complementares. Parece-me relativamente

³⁹ Tal competência, evidentemente, não enseja a emergência de competência da TCU para fiscalizar a aplicação das verbas pelos particulares que recebam recursos do SUS em pagamento pelos serviços complementares prestados, pois tais verbas, após o adimplemento, passam a ter natureza privada.

pacífico que se trata da última hipótese, exercendo os órgãos de controle competências de fiscalização diferenciadas, ainda que incidentes sobre a mesma operação econômica.

No que se refere à possibilidade de exclusão das competências de um tribunal em benefício de outro, tal hipótese parece não somente vulnerar a sistemática constitucional como também vai contra o interesse público, que é o de garantir a plena fiscalização prevista tanto na Constituição Federal quanto nas Constituições estaduais. Seria, com efeito, inaceitável que a competência de alguns dos órgãos de controle viesse a ser excluída em favor de outro, em detrimento do preceito constitucional contido no artigo 71 ou do princípio federativo de que cabe a cada um dos entes controlar os atos dos administradores no âmbito de seu território.

Por outro lado, a superposição das competências de fiscalização sobre o contrato e sobre os recursos nele envolvidos traria não apenas inconvenientes consideráveis, como viria a ser contraproducente. A duplicidade de julgamento administrativo sobre uma mesma questão de fato e de direito ensejaria, com grande probabilidade, a ocorrência de decisões conflitantes entre os órgãos, ou ainda a aplicação de penalidades reincidentes, em evidente *bis in idem*. Finalmente, a dupla fiscalização contrariaria o princípio da economicidade, pois duplicaria o esforço fiscalizador da máquina administrativa pública.

Ressalte-se que, no âmbito do Poder Judiciário, vigoram mecanismos de divisão das competências bem como de direcionamento destas (conexão, continência, gerando prevenção da competência) que visam exatamente à ausência de decisões conflitantes. A propósito, a experiência ensina e o direito posto assim dispõe, que só se impedem decisões conflitantes de duas formas: fazendo com que as causas sejam apreciadas pelo mesmo Juiz e mesmo Tribunal ou fazendo com que um dos órgãos aprecie em grau de recurso a decisão de outro. Não há outro meio de fazê-lo.

Há que se reconhecer, então, que estamos tratando de competências complementares, que se distinguem uma da outra, ainda que tenham como origem a mesma operação. Se de um lado há interesse da União na contratação, na qualidade de gestora do Fundo cujo repasse remunerou a contratação, de outro, em matéria de regularidade ou não da contratação, estamos diante de tema afeto exclusivamente ao Município ou ao Estado contratante.

Nesse sentido, é de se ressaltar que a competência prevista para o Tribunal de Contas da União no artigo 71 da Constituição se refere

exclusivamente ao repasse de recursos a outros entes públicos. Não se trata, evidentemente, de fiscalizar a relação que estes entes travam com os particulares para o desempenho de suas funções, sobre a qual o texto constitucional é silente. O que o TCU pode — e deve — exigir da União é que ela fixe critérios formais para a relação entre os entes estaduais e municipais integrantes do SUS com os particulares, critérios estes condicionantes à sistemática de repasses.

É de se consignar, a título de exemplo, que a Lei nº 9.790/99, anteriormente mencionada, ao regular o repasse de recursos a terceiros como as OSCIPs, não prevê a necessidade de que o ente público que repassou os recursos fiscalize os mecanismos de contratação utilizados pelo beneficiário de tais recursos. Importa a quem repassou os recursos que seja apresentada prestação de contas quanto à aplicação dos mesmos (cf. relatório previsto no artigo 10, V, da citada lei). Assim, caso o ente público financiador do repasse seja a União, sua fiscalização relativamente a recursos repassados a uma OSCIP limita-se a avaliar se as finalidades do repasse dos recursos foram cumpridas, sem abarcar as questões essencialmente contratuais envolvidas.

Parece razoável e coerente, então, que os esforços de fiscalização promovidos pela União Federal, os quais justificam o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União — consagrado no artigo 71, VI, da Constituição Federal —, estejam voltados a se apurar eventual desvio na aplicação dos recursos por ela repassados, incluindo o enquadramento dos pagamentos em critérios gerais fixados no âmbito do Sistema.

Cabe-lhe coibir o desvio dos recursos para sua aplicação em outras finalidades e, o que é mais relevante, tomar as providências cabíveis no sentido de reaver os recursos determinando devolução ao erário federal ou a sustação de repasses de recursos federais aos entes federados. O interesse e a legitimidade da União (que enseja a intervenção do TCU) se restringiriam ao recebimento de prestações de contas que evidenciassem a aplicação dos recursos nas finalidades previstas no contrato, convênio, ajuste ou congêneres. Caber-lhe-ia ainda, por exemplo, verificar se os recursos foram destinados para a localidade e finalidade previstas, se houve efetiva prestação dos serviços de saúde para os quais o repasse das verbas foi destinado e se o destinatário de tais recursos ofereceu a correta prestação de contas quanto à utilização destes recursos. Tais aferições já permitiriam concluir se o interesse da União Federal teria ou não sido atendido.

Diversamente, caberia ao Tribunal de Contas do Estado ou do Município debruçar-se sobre a formulação, assinatura e cumprimento do contrato propriamente dito, bem como sobre sua legalidade e regularidade. As questões efetivamente relativas ao contrato de prestação dos serviços de saúde estabelecido entre Estados/Municípios e entidades privadas seriam de competência dos órgãos de controle da esfera contratante, conforme a sistemática geral de competências dos Tribunais de Contas.⁴⁰

Superadas as questões relativas à interação dos entes públicos gestores do Sistema Único de Saúde com os particulares prestadores de serviços, passo a analisar, em seguida, as relações destes entes públicos entre si.

VI Universalização e descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS): novas relações entre os entes federativos

A atuação do governo federal na área da saúde caracterizava-se, antes da Constituição Federal de 1988, por sua centralização e sua vinculação com os institutos próprios à Previdência. Assim é que a principal atuação do poder federal nesta área se dava por meio do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), posteriormente substituído pelo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), ambos autarquias vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Se tais institutos foram responsáveis pela organização de um sistema amplo de tratamento ambulatorial e hospitalar, que contava com a contratação da iniciativa privada nos grandes centros urbanos, os serviços de saúde por eles oferecidos beneficiavam apenas os trabalhadores da economia formal.⁴¹

A partir da década de 1970, o INAMPS passou a adotar medidas no sentido de acordar com as demais esferas de governo (estadual e municipal) a prestação de determinados serviços. No entanto, Estados e Municípios eram ainda tratados como meros prestadores de serviços. Além da acentuação da descentralização, a partir do final da década de 1980, o INAMPS passa a ampliar a sua cobertura para trabalhadores rurais e para usuários

⁴⁰ Poder-se-ia cogitar (sem prejuízo do caráter complementar das competências entre os órgãos de controle) da introdução, entre nós, de um critério de supletividade lastreado naquilo que o direito americano designou (para resolver a relação entre direito antitruste — federal — e regulação setorial — a cargo dos Estados membros) de *State action doctrine*. Nesta linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União poderia exercer suas competências acerca de contratações firmadas no âmbito do SUS por entes estaduais ou municipais sempre que restasse caracterizado o não exercício de competências fiscalizatórias pelos órgãos de controle estaduais. Haveria então uma competência supletiva do TCU no caso de inércia dos TC's estaduais. O tema, porém, mereceria maior aprofundamento e mesmo um detalhamento mais explícito no direito positivo.

⁴¹ SOUZA, Remilson Rehem. *O Sistema Público de Saúde Brasileiro*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL "TENDÊNCIAS E DESAFIOS DOS SISTEMAS DE SAÚDE NAS AMÉRICAS". Brasil, São Paulo, Secretaria de Assistência à Saúde, 11 a 14 ago. 2002.

alheios ao sistema previdenciário formal. Era o início da cobertura universal que seria consagrada pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional que a seguiu.

A Constituição Federal cristaliza os princípios, valores e diretrizes que atualmente permeiam a prestação dos serviços de saúde na esfera pública. São eles, essencialmente, i) a universalidade de acesso; ii) a responsabilidade repartida entre todos os entes federativos (não só em sua prestação, mas igualmente em seu custeio); iii) a descentralização dos serviços e iv) a criação de um sistema público único, integrado pelos três entes, que garanta tais valores.

A organização do sistema público de saúde no país tem como característica a peculiaridade da ordem federativa brasileira, composta por três esferas de governo com autonomia administrativa e sem vinculação hierárquica. Nesse sentido, a responsabilização das três esferas e a descentralização são objetivos erigidos constitucionalmente.

A gestão do Sistema Único de Saúde passa a ser tripartite com o advento da Constituição. No entanto, as funções de gestão não são repartidas uniformemente entre os diferentes entes de governo. Enquanto as funções mais próximas à execução dos serviços devem ser exercidas essencialmente por Estados e, sobretudo pelos Municípios (delegação que vem sendo gradualmente implementada desde então), cabe à União executar tão somente aquilo que o nível local não pode ou não consegue executar.⁴²

A responsabilidade é igualmente repartida entre os três órgãos no que concerne ao financiamento conjunto do sistema. Se tal fato já era previsto na Constituição de 1988, foi ainda acentuado pela Emenda Constitucional nº 29/2000, que prevê a vinculação de receitas dos três entes federativos para o sistema. É bem verdade que os recursos federais respondem hoje por 70% dos custos do Sistema, mas estes vêm sendo repassados aos estados e municípios por transferências diretas do Fundo Nacional de Saúde aos fundos estaduais e municipais, nos termos do regime estabelecido pelo Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994.⁴³ Abandonou-se, portanto, o sistema de repasses fundado no valor dos serviços prestados — ainda que este permaneça sendo utilizado em caráter residual — em favor de repasses fundo a fundo, conforme as características demográficas, epidemiológicas e sociais dos Estados e Municípios.

⁴² Fonte: MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde: Descentralização*. Brasília, dez. 2000.

⁴³ SOUZA, Remilson Rehem. *O Sistema Público de Saúde Brasileiro*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL "TENDÊNCIAS E DESAFIOS DOS SISTEMAS DE SAÚDE NAS AMÉRICAS". Brasil, São Paulo, Secretaria de Assistência à Saúde, 11 a 14 ago. 2002.

A responsabilização crescente dos municípios em relação à gestão do Sistema no âmbito de seus territórios vem sendo paulatinamente promovida por meio de diversas intervenções legais e infralegais. Após o estabelecimento do quadro geral para o setor pela Lei Orgânica da Saúde, em 1990, foram previstos, inicialmente, três níveis de gestão municipal: incipiente, parcial e semiplena, conforme a Norma Operacional Básica (NOB) de 1993.

A Norma Operacional Básica (NOB) de 1996 veio a acentuar ainda mais o processo de descentralização, por meio da criação do PPI (Programação Pactuada Integral) e da noção de Piso Assistencial Básico (PAB), que inauguravam novas formas de gestão entre Estados e Municípios. O PPI, de atribuição do gestor estadual, serve à orientação da alocação de recursos e à definição dos Limites Financeiros de repasse para cada município.

Em nível municipal, a orientação é de que a gestão incipiente, parcial e semiplena anteriormente vigentes sejam abandonadas em favor da Gestão Plena de Atenção Básica (GPAB) e da Gestão Plena do Sistema Municipal (GPMS), que conferem ao município maiores responsabilidades em relação à gestão do sistema. Nesta última categoria, a Prefeitura responde não somente pela atenção básica, mas também pela assistência de média e alta complexidade e pelas internações hospitalares ocorridas no âmbito de seu território. Conforme a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS) de 2002, a partir da edição desta norma a habilitação dos municípios é admissível tão somente nas categorias de GPSM e GPAB-A (Gestão Plena de Atenção Básica Ampliada). Atualmente, contando com mais de 700 municípios na condição de GPSM, a aspiração é de que 100% dos municípios venham atingir, em longo prazo, tal condição.

Em nível estadual, são atualmente admissíveis habilitações dos Estados junto ao Sistema Único de Saúde na condição de Gestão Avançada do Sistema Estadual e Gestão Plena do Sistema Estadual, com diferentes graus de responsabilidade e autonomia dos Estados.

VII A relação entre Estados e Municípios prevista na NOAS / 2002: natureza jurídica dos Termos de Compromisso

Tal alteração na distribuição de responsabilidades entre os entes públicos, no que concerne à gestão e à execução dos serviços públicos de saúde, ensejou, evidentemente, conseqüências de natureza jurídica, espelhadas pelos dois termos de compromisso constantes da NOAS / 2002. Situada a questão no âmbito das reformas por que passou o Sistema Único de Saúde, passo a enfrentar cada um destes instrumentos jurídicos.

VII.1 O Termo de Compromisso para Garantia de Acesso

Conforme a NOAS / 2002, é de responsabilidade de cada Estado a elaboração de um Plano Diretor de Regionalização (PDR), no qual estejam discriminados: i) *os municípios em Gestão Plena do Sistema Municipal*; ii) *os municípios-sede* (aqueles com capacidade de ofertar serviços para outras populações no primeiro nível de referência intermunicipal) e iii) *os municípios-pólo* (aqueles capazes de ofertar serviços em qualquer nível de atenção - para outras populações). Tal Plano Diretor regula, portanto, o grau de autonomia dos municípios em relação à prestação dos serviços de saúde em âmbito local e identifica os fluxos de usuários entre os municípios, do qual decorrerá a sistemática de repasses fundo a fundo.

O Plano Diretor de Regionalização é elaborado pelas Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal (subitem 6.1.1. da Norma) e passa por um criterioso processo de aprovação, que envolve os três entes da Federação. Assim é que o PDR deve inicialmente ser aprovado pela CIB de cada Estado (Comissão Intergestores Bipartite, integrada por representantes da Secretaria Estadual de Saúde e de representantes do COSEMS – Conselho Estadual de Secretários Municipais da Saúde). O PDR é em seguida apreciado pelo Conselho Estadual de Saúde e, finalmente, submetido à deliberação e homologação da CIT (Comissão Intergestores Tripartite — composta por representantes do Ministério da Saúde, do CONASS – Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde – e do CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais da Saúde), conforme o subitem 6.1.2 da Norma.

Assim aprovado, o Plano Diretor de Regionalização representa mais um passo no sentido da descentralização, pois estabelece a relação entre os municípios integrantes do Sistema e, notadamente, o fluxo de usuários entre estes municípios.

É nesse panorama que se insere o Termo de Compromisso de Garantia de Acesso entre Estados e Municípios, que deve integrar a qualificação das regiões e microrregiões no PDR (Item 11) e constitui condição para o repasse de recursos do Fundo Nacional de Saúde para além do Limite Financeiro dos Estados (Item 10).

O termo de garantia de acesso visa a garantir o acesso da população de outros municípios aos serviços prestados pelo município que o celebra, notadamente o acesso às referências intermunicipais ambulatoriais, hospitalares e de apoio diagnóstico e terapêutico definidas no PPI (v. Minuta

do Termo de Compromisso de Garantia de Acesso — Anexo 4 da NOAS 2002). Por ele, o município se responsabiliza pelo atendimento à população de outros municípios com deficiência ou ausência de determinados serviços, recebendo para tanto recursos suplementares, conforme disciplinado no termo e no PPI.

Como define o item 37.1 da Norma, “o Termo de Compromisso de Garantia de Acesso tem como base o processo de programação e contém as metas físicas e orçamentárias das ações definidas na PPI a serem ofertadas nos municípios pólo, os compromissos assumidos pela SES e SMS, os mecanismos de garantia de acesso, o processo de acompanhamento e revisão do Termo e sanções previstas.”

Ainda, conforme o item 14 da NOAS/2002, o repasse adicional decorrente da assinatura do Termo tem como destino o Fundo Estadual quando o município-sede for habilitado em Gestão do Piso de Assistência Básica Ampliada (GPAB-A) e ao fundo municipal quando o município já tiver atingido a Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM).

Como precisa o subitem 33.5. da Norma, os municípios habilitados na condição de GPSM “devem receber diretamente, em seu Fundo Municipal de Saúde, o total de recursos federais correspondente ao limite financeiro programado para aquele município, compreendendo a parcela destinada ao atendimento da população própria e, condicionada ao cumprimento efetivo do Termo de Compromisso para Garantia de Acesso celebrado com gestor estadual, a parcela destinada ao atendimento da população referenciada”.

A formalização do Termo de Compromisso para a Garantia do Acesso e a participação do processo de programação é requisito não somente para os municípios que almejam a habilitação na condição de Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM) como para aqueles que, já enquadrados nessa condição sob a NOB/1996, queiram preservar tal condição sob a nova NOAS/2002, segundo o item 40 da norma. Mais do que isso, o repasse adicional previsto na NOAS/2002 para o atendimento de populações não residentes no município depende também da assinatura do Termo. Nestes quadrantes, entendo haver uma obrigatoriedade de celebração do Termo, consoante previsto na NOAS 2002. Essa prescrição, de resto, coloca-se adequada à Constituição vez que decorre do legítimo exercício de competência atribuída para a União (via Ministério da Saúde) pelo artigo 16, XV, da Lei nº 8080/90).

No entanto, há que se consignar que o direito à saúde — direito essencial — não pode ser prejudicado pela desídia ou pelo desentendimento entre Estados e Municípios na assinatura do Termo. Com efeito, seria inadmissível que a população de determinado município — e dos municípios circunvizinhos — viesse a ser punida por ato ou omissão de seus governantes. Por este motivo, caso a situação requeresse medidas urgentes de financiamento dos serviços municipais, poder-se-ia cogitar da efetuação dos repasses, em caráter emergencial e excepcional, mesmo na ausência de formalização do referido Termo. Todavia, a sistemática colocada pela NOAS/2002, que condiciona sua assinatura à obtenção pelos municípios da condição de GPSM, tende a incentivar a rápida formalização do Termo, sem o qual o repasse se dá ao Fundo Estadual e não diretamente ao Município.

VII.2 O Termo de Compromisso entre entes públicos

O Termo de Compromisso entre entes públicos constitui ainda uma modalidade de relacionamento entre Estados e Municípios, desta vez com relação à gestão de hospitais públicos estaduais inseridos no Sistema de Gestão municipal. O Termo encontra-se regulado no item II.4. da NOAS/2002, que trata dos hospitais públicos sob gestão de outro nível de governo.

Como define o item 49 da Norma, as unidades hospitalares públicas sob referência de um nível de governo e gestão de outro devem deixar de ser remuneradas por produção de serviços (como funcionava no sistema do INAMPS) e devem passar a receber recursos correspondentes à realização de metas estabelecidas de comum acordo entre os dois entes envolvidos. É notadamente o caso de hospitais estaduais, sob gestão do Estado, que se integram no sistema de gestão de municípios com Gestão Plena do Sistema de Saúde (GPSM).

O Termo de Compromisso entre entes públicos concretiza tais metas, regula a contratualização dos serviços oferecidos e prevê o repasse de recursos do município para o Estado (em conta específica para esta finalidade aberta em seu fundo de saúde — item 51), para pagamento de suas unidades hospitalares. A remuneração deixa de se dar pela prestação específica de serviços, passando a corresponder a repasse mensal, do Fundo Nacional de Saúde ao Fundo Estadual, cujo valor é retirado do limite financeiro da assistência do Município (cláusula terceira da Minuta — Anexo 5 da NOAS 2002).

Ao contrário do Termo de Compromisso de Garantia de Acesso, não há na Norma qualquer previsão expressa das conseqüências da assinatura ou da não-assinatura do Termo de Compromisso entre Entes Públicos. Em princípio, estão os entes federativos obrigados a um esforço de cooperação na consecução dos meios e finalidades do Sistema Único de Saúde, o que deveria ser suficiente para que se conformassem à regulamentação e celebrassem o Termo nela exigido. A vinculação (incentivo positivo) para empenhar Estados e Municípios a assinar o dito Termo decorre das conseqüências financeiras que poderão advir para eles caso não firmem estes compromissos.

VII.3 A natureza jurídica dos termos: contrato ou convênio?

Em princípio, tanto o Termo de Compromisso de Garantia de Acesso quanto o Termo de Compromisso entre Entes Públicos parecem ter natureza convencional. Nos dois casos, trata-se de avença entre dois entes públicos que se dedicam à mesma atividade e estão, portanto, imbuídos de finalidade comum na assinatura do termo. São ambos ajustes destinados a espelhar e conformar as relações entre Estados e Municípios no desempenho de suas funções de gestão e execução dos serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que os faz assumir, em princípio, a mesma posição no acordo, e não as posições diametralmente opostas que caracterizam os contratos.

A terminologia adotada também parece indicar a intenção de conferir aos Termos um caráter convencional: utilizou-se a noção de partícipe (ao invés de partes) e de compromissos (ao invés de obrigações), por exemplo. Ainda, a possibilidade de denúncia a qualquer tempo dos Termos, desde que obedecido o prazo de comunicação previsto, tende a reforçar a idéia de que se trata de convênio.

No entanto, há que se observar que algumas características contratuais estão presentes em ambos os termos.

No que concerne ao Termo de Compromisso de Garantia de Acesso, as posições ocupadas por Estado e Município não são exatamente coincidentes. Ao município cabe assumir os serviços, enquanto os compromissos do Estado referem-se à supervisão e controle deste processo e ao repasse de recursos. Poderiam tais compromissos ser entendidos, portanto, como contraprestações. A reforçar tal entendimento, o subitem 37.1 da NOAS/2002, anteriormente transcrito, menciona expressamente que o Termo

poderá conter as “sanções previstas”, o que indicaria ainda sua natureza contratual.

Mais ainda, a vigência do Termo estabelecida na Cláusula Quarta é de doze meses, podendo ser prorrogada por período igual, “até o limite de 48 (quarenta e oito) meses, em conformidade com a Lei nº 8.666/93 e suas alterações, caso haja anuência das partes”. O Termo dá a entender, portanto, que o ajuste se enquadraria entre as hipóteses de contrato de prestação de serviços previstas na Lei de Licitações e respeitaria, assim o prazo máximo de 60 meses estabelecidos no diploma legal.

Independentemente do conteúdo desta disposição de vigência — que considero inapropriada, pois ainda que se tratasse de contrato, o fato deste ser celebrado entre entes públicos autorizaria que ele perdurasse enquanto houvesse interesse público na sua existência, não estando adstrito ao limite fixado na Lei de Licitações — entendo que a natureza convencional prevalece sobre o caráter contratual no Termo de Compromisso de Garantia de Acesso.

Em primeiro lugar, há que se reconhecer que não se trata propriamente de vontade das partes como se privadas fossem, mas de ato de cooperação a que os entes estão adstritos dentro do funcionamento do Sistema Único de Saúde. A assinatura do Termo não é ato discricionário do administrador municipal ou estadual, mas sim conseqüência da organização do Sistema. No caso dos municípios, isto se torna ainda mais claro, já que a celebração do Termo é condição para a aquisição ou a manutenção da habilitação na condição de GPSM. Por isso, reforça-se o caráter institucional — e, portanto, a idéia de que ambos os partícipes perseguem finalidade comum e se encontram num mesmo pólo de interesses e posição — em detrimento do caráter contratual.

Também nesse sentido, é de se consignar que a definição da remuneração não compete diretamente ao Estado, pois depende de decisão do colegiado (Comissão Intergestores Bipartite) e que tampouco seu repasse provém diretamente desta esfera de governo, uma vez que os recursos que custeiam a atividade vêm do Fundo Nacional da Saúde. Reforça-se a idéia, portanto, de que o Termo se insere dentro da política geral estabelecida no âmbito do Sistema Único de Saúde, para o qual os dois entes concorrem de maneira análoga. Não se trata de oposição, mas de propósito evidente de cooperação.

Ainda que com atribuições diferenciadas, os dois entes se associam diante de um objetivo único e comum. Seu interesse não se compõe numa

compensação, num sinalagma. Realiza-se num sentido único, convergente. Estado e Município perseguem um só objetivo, que corresponde ao atendimento, pelo município com capacidade para fazê-lo, das populações de outros municípios que ainda não adquiriram condições de prestar tais serviços.

Tal situação é menos evidente no que concerne ao Termo de Compromisso entre Entes Públicos. O caráter de prestação de serviços é marcado no próprio objeto: “o presente Termo tem por objeto formalizar a contratação dos serviços de saúde ofertados e respectiva forma de pagamento das unidades hospitalares estaduais, sob a gerência do estado, localizadas no município de” (Minuta do Termo de Compromisso entre Entes Públicos, Anexo 5 da NOAS 2002). A posição atribuída a Estado e Município é nesse caso mais antagônica: trata-se de remunerar o Estado pela gestão de hospitais de sua propriedade que integram o sistema de gestão municipal, o que poderia aproximar esta avença das contratações de prestadores privados de que tratei na primeira parte deste estudo.

Também a remuneração, ainda que não provenha diretamente dos fundos municipais, pode ser entendida como sendo efetuada pelo município, uma vez que é retirada de seu Limite Financeiro junto ao Fundo Nacional de Saúde, o que reforçaria o seu caráter de contraprestação. No mesmo sentido, a terminologia adotada, ainda que fale em partícipes (Cláusula Quarta), obedece nesse caso àquela adotada quando da contratação tradicional de serviços: o Termo menciona a prestação de serviços, o seu pagamento etc.

No entanto, cumpre observar que o Termo contém em seu bojo disposições de comprometimento conjunto dos partícipes, como por exemplo a elaboração do Plano Operativo Anual dos hospitais (Cláusula Terceira) e a formação de Comissão de Acompanhamento para análise dos resultados do Termo, composta de forma paritária pelos dois entes (Cláusula Sexta). Essas duas previsões têm grande relevância no estabelecimento da natureza do Termo, pois indicam que a finalidade essencial do acordo é a boa gestão do sistema de saúde gerido pelo município e que ambas as partes devem concorrer para que isto se dê de forma efetiva. Ainda que o ente estadual preste efetivamente o serviço e que haja — de certa forma — remuneração para tal atividade da parte do município, parece prevalecer a idéia de que ambos são igualmente responsáveis — entre si e perante a população usuária do serviço — pelo sucesso de tal empreendimento conjunto.

Como no caso do Termo de Compromisso de Garantia de Acesso, este Termo também admite a denúncia, por qualquer das partes, desde que respeitada a antecedência mínima prevista (Cláusula Décima).

Por esse motivo, associado aos motivos já expostos no que concerne ao Termo de Compromisso de Garantia de Acesso, considero que a natureza deste ajuste é predominantemente convencional.

VIII Conclusão

A matéria tratada no presente é extremamente vasta e complexa, o que demandaria maior digressão quanto às questões aqui trazidas e maior aprofundamento de várias delas. Espero ter lançado as primeiras luzes sobre os assuntos aqui tratados.

De tudo o que aqui se expôs, é de se constatar que persiste, no âmbito da prestação dos serviços públicos de saúde, uma grande distância entre a realidade desta prestação e sua expressão no mundo jurídico. Apesar dos esforços contínuos das administrações federal, estaduais e municipais, ainda há muito a ser feito para a regularização das relações travadas entre os entes públicos e entre estes e a iniciativa privada na gestão e na execução efetiva dos serviços de saúde.

No que diz com as interações existentes entre o setor público e o setor privado nesta área, elas podem ser vistas como uma experiência precursora das parcerias público-privadas que atualmente andam tão em voga, apesar de terem se iniciado há quase duas décadas. É interessante notar que parcela dos mecanismos discutidos atualmente no projeto de lei que enquadra as parcerias foi utilizada no âmbito da saúde — até mesmo a experiência inovadora do modelo de usuário único — ainda que sem lastro em qualquer instrumento jurídico efetivo que fundamentasse tal relação.

Aos poucos, no entanto, vêm sendo formalizados os instrumentos aptos a traduzir no mundo jurídico as relações travadas no campo dos fatos no âmbito do Sistema Único de Saúde. A legislação e, sobretudo, a regulamentação na área têm tido efeito estruturante considerável sobre o setor. No que se refere às relações entre entes públicos, os Termos constantes dos anexos da NOAS/2002 são um primeiro esboço deste movimento. Realizar o mesmo no que concerne a todas as relações travadas com entes privados representará, sem sombra de dúvida, trabalho muito mais extenso e árduo, do qual, no entanto, as entidades públicas não poderão se furtar.

A relevância da expressão jurídica de tais relações não é de se menosprezar. A celebração de contratos e convênios claros, aptos a expressar

as responsabilidades, obrigações, direitos e prerrogativas de cada um dos envolvidos, bem como de estabelecer segurança jurídica a estas relações é condição primeira para que, de um lado, tornem-se transparentes as relações entre os entes atuantes no setor e, de outro, se atinja a finalidade última do sistema, que é o provimento dos serviços públicos de saúde, em âmbito nacional, de forma contínua, universal e com qualidade satisfatória.

Assim delineado o estudo, sintetizo as idéias aqui desenvolvidas.

- Ao distinguir entre uma esfera pública de prestação dos serviços de saúde (o Sistema Único de Saúde), prevista no artigo 198 da Constituição Federal, e uma esfera privada de prestação de tais serviços, em que estes são livres à iniciativa privada (artigo 199 CF), a Constituição não limita a participação do particular à última destas esferas. Ao contrário, prevê expressamente que o Estado pode desincumbir-se de seu dever de prestar os serviços públicos de saúde “diretamente ou por terceiros” (artigo 197). As instituições privadas poderão assim participar do Sistema Único de Saúde, de forma complementar (artigo 198, §1º). A sistemática infraconstitucional reproduz a estrutura jurídica disposta na Constituição, admitindo que o particular venha a prestar serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.
- Ainda segundo a Constituição Federal, tal participação se dá mediante contrato ou convênio (artigo 198, §1º pré-citado). A análise de ambos os instrumentos indica que a relação jurídica que se estabelece entre a entidade pública gestora do sistema de saúde e o particular prestador de serviços é eminentemente contratual, em razão do caráter sinalagmático, recíproco e contraprestacional das obrigações assumidas entre as partes. Por esse motivo, o contrato administrativo parece ser o instrumento mais adequado para traduzir juridicamente esta relação, sobretudo se levada em conta a necessidade de estabilidade jurídica necessária a garantir a continuidade deste serviço público e o acesso ininterrupto da população ao seu direito fundamental à saúde.
- São poucas as conseqüências decorrentes da assunção destas formas jurídicas pelos particulares prestadores de serviços de saúde. No que concerne às cooperativas, deverão ser consideradas as regras internas de criação e funcionamento das cooperativas para se comprovar a regularidade subjetiva de tais pessoas jurídicas

estabelecidas pela lei (Lei nº 5.764/71). Caso venha a contratar com uma OSCIP, deverá a Administração observar as regras de controle e de celebração dos Termos de Parceria constantes da lei que cria o instituto e o regula (Lei nº 9.790/99).

- Há competência complementar entre o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado (ou do Município) competente para apreciar os contratos da esfera de governo que contratar com o particular. Assim é que, conforme o artigo 71, VI da Constituição, o TCU será competente para fiscalizar a aplicação dos recursos de origem federal, o que compreende, entre outras tarefas, verificar: i) a efetiva destinação dos recursos à sua finalidade e localidade; ii) a efetiva prestação dos serviços remunerados por tais recursos; iii) a correta prestação de contas pelos destinatários dos recursos; iv) a adequação das relações jurídicas travadas com os particulares às normas gerais do Sistema. Por sua vez, ao TCE (ou TCM) competirá apreciar as questões relacionadas intrinsecamente com o contrato celebrado entre a Administração e o particular, como por exemplo: i) o exame da legalidade das cláusulas contratuais; ii) a regularidade e legalidade da celebração do contrato; iii) o adimplemento contratual.
- Os Termos de Compromisso constantes da NOAS/2002 têm natureza predominantemente convenial. Isso porque são avençados entre dois entes públicos, sob uma perspectiva institucional, inserida dentro da política geral do Sistema Único de Saúde. Ainda que com atribuições diferenciadas, os dois entes se associam para a consecução de objetivo único e comum, marcado pela fixação de compromissos conjuntos (e não contraprestacionais).
- Em se tratando de diferentes esferas da federação — soberanas e autônomas entre si —, a noção de obrigatoriedade deve ser relativizada. Importa verificar quais as conseqüências, para as entidades envolvidas, da não assinatura dos termos. A recusa em assinar o Termo de Compromisso de Garantia do Acesso impede aos municípios de adquirir ou preservar a habilitação na condição de Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM), o que constitui incentivo suficiente para sua assinatura. Não há, no entanto, qualquer conseqüência explícita na Norma quanto à não-assinatura do Termo de Compromisso entre Entes Públicos. A implementação

de tal termo decorre do compromisso de cooperação de cada uma das esferas de governo na implementação do Sistema Único de Saúde, o que pressupõe sua conformação às normas e procedimentos fixados em sua Norma estruturante.

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

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