**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO**

FRANCISCO PERCIVAL PINHEIRO FILHO

**A NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE O SUS E AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS
QUE PRESTAM SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: ELEMENTOS PARA A
CONSTITUIÇÃO DA REDE DE AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

São Paulo

2025

FRANCISCO PERCIVAL PINHEIRO FILHO

**A NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE O SUS E AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS
QUE PRESTAM SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: ELEMENTOS PARA A
CONSTITUIÇÃO DA REDE DE AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Mestre em Gestão e Políticas Públicas

Área de Concentração: Estado, Governo e Políticas Públicas

Orientadores: Profa. Dra. Cibele Franzese e Prof. Dr. Joelson Oliveira Sampaio

São Paulo

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Pinheiro Filho, Francisco Percival.

A natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços públicos de saúde: elementos para a constituição da rede de ações e serviços públicos de saúde / Francisco Percival Pinheiro Filho. - 2025.

120 f.

Orientador: Cibele Franzese.

Co-orientador: Joelson Oliveira Sampaio.

Dissertação (mestrado profissional MPGPP) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo.

1. Contratos administrativos. 2. Parceria público-privada. 3. Serviços de saúde. 4. Sistema Único de Saúde (Brasil). I. Franzese, Cibele. II. Sampaio, Joelson Oliveira. III. Dissertação (mestrado profissional MPGPP) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo. IV. Fundação Getulio Vargas. V. Título.

CDU 35.072

FRANCISCO PERCIVAL PINHEIRO FILHO

**A NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE O SUS E AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS
QUE PRESTAM SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: ELEMENTOS PARA A
CONSTITUIÇÃO DA REDE DE AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Mestre em Gestão e Políticas Públicas

Área de Concentração: Estado, Governo e Políticas Públicas

Data de aprovação: 24/06/2025

Banca examinadora:

Profa. Dra. Cibele Franzese (Orientadora)
FGV - EAESP

Prof. Dr. Joelson Oliveira Sampaio
(Orientador)
FGV – EESP

Profª Dra. Ana Maria Malik
FGV – EAESP

Profª Dra. Maria Luiza Levi Pahim
UFABC

Aos anônimos que,
cotidianamente,
constroem um
sistema de saúde único.

AGRADECIMENTOS

Esse momento de lembrar de agradecer é, talvez, o mais complexo de todo o processo que me conduziu até.

Complexo não no sentido de algo difícil, mas no sentido de ser composto por diversos componentes que mantêm entre si inúmeras relações de interdependência.

Relações essas que possibilitaram a elaboração desse texto e que se sustentam nos nós dessa rede.

Necessário destacar dois desses nós: Miriane e Flávio, companheiros da vida, foram os primeiros a incentivar minha candidatura e acompanharam esse processo e a vida cotidianamente, sempre com uma palavra de estímulo.

Importa agradecer a todos os demais integrantes dessa turma do programa de pós-graduação: vinte e três nós com os quais aprendi muito durante o curso e nos momentos compartilhados no Tribunal de Contas. Levarei vocês no coração.

Cibele e Joelson, dois grandes nós de sustentação, a generosidade e a paciência de vocês me trouxeram até aqui. Não tenho palavras para agradecer.

A todos os outros nós, antigos ou recentes, dessa rede, meu sincero agradecimento. Cada um contribuiu a sua maneira.

Devo agradecer, ainda, o apoio institucional do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sem o qual não teria sido possível a participação nesse programa de pós-graduação.

Por fim, mal parafraseando o cançãoeiro popular, os erros, e os há, são todos meus.

Uma coisa é falar dos direitos do homem... outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva... Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contrastes entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria de suas realizações.

Norberto Bobbio

RESUMO

PINHEIRO FILHO, F. P. A natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços públicos de saúde: elementos para a constituição da rede de ações e serviços públicos de saúde. 2025. 126p. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2025.

Os entes federativos, notadamente os Municípios, enfrentam muitas dificuldades para garantir a provisão de serviços de saúde adequada à demanda da população. Essas dificuldades decorrem da forma de financiamento e orçamentação desses serviços; e de óbices levantados por diversos atores, em especial os vários ramos do Ministério Público e os Tribunais de Contas. A questão de pesquisa a ser respondida é qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam serviços de saúde? Há correspondência entre a natureza dessa relação e os instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada? A hipótese principal adotada neste trabalho é que a utilização pelos entes federativos dos instrumentos disponíveis para a incorporação de serviços de saúde à rede própria ou complementares ao sistema público de saúde apresenta um desajuste entre a forma e o conteúdo que implica a utilização de ajustes não adequados à forma de participação no SUS – complementar ou execução indireta. Concluímos que, independentemente do ajuste utilizado, a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam prestando serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar é uma relação contratual que impõe obrigações de parte a parte e relacionamos os ajustes disponíveis – contrato administrativo, convênio e contrato de gestão – para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementares aos por ela ofertados, as formas de participação no SUS, os objetos possíveis para os ajustes e as instituições privadas que podem firmá-los.

Palavras-chave: relação contratual; execução indireta, participação complementar; Sistema Único de Saúde

ABSTRACT

PINHEIRO FILHO, F. P. The nature of the relationship between the SUS and private institutions that provide public health services: elements for the constitution of the network of public health actions and services. 2025. 126p. Dissertation (Professional Master's in Public Policy Management) – Business Administration School of São Paulo, Getulio Vargas Foundation, São Paulo, 2025.

The federative entities, especially the Municipalities, face many difficulties in ensuring the provision of health services that are adequate to the population's demands. These difficulties arise from the way these services are financed and budgeted; and from obstacles raised by various actors, especially the various branches of the Public Prosecutor's Office and the Courts of Auditors. The research question to be answered is what is the nature of the relationship between the SUS and the private institutions that provide health services to it? Is there a correspondence between the nature of this relationship and the normative instruments used to formalize this public-private relationship? The main hypothesis adopted in this study is that the use by the federative entities of the instruments available for the incorporation of health services into their own network or as complementary services to the public health system presents a mismatch between form and content, which implies the use of adjustments that are not appropriate to the form of participation in the SUS – complementary or indirect execution. We conclude that, regardless of the adjustment used, the relationship between the SUS and the private institutions that participate in it by providing health services indirectly or in a complementary manner is a contractual relationship that imposes obligations on both parties and we list the available adjustments – administrative contract, agreement and management contract – for the incorporation of health actions and services into the network itself or complementary to those offered by it, the forms of participation in the SUS, the possible objects for the adjustments and the private institutions that can sign them.

Keywords: contractual relationship; indirect execution; complementary participation; Unified Health System

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Setores do Estado, Formas de Propriedade e de Administração.....59

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Formas de participação das instituições privadas no SUS.....	77
Quadro 2 - Ajustes disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde ao SUS.....	106

LISTA DE SIGLAS

APAE	Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
CF	Constituição Federal
CNS	Conselho Nacional de Saúde
MPC/SP	Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo
MPF	Ministério Público Federal
PNP	Programa Nacional de Publicização
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCESP	Tribunal de Contas do Estado do São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	CONTEXTO DA PESQUISA	18
2.1	Financiamento e orçamentação	18
2.2	Dificuldades impostas por atores diversos	19
2.3	Problema de pesquisa.....	24
2.4	Hipótese de pesquisa.....	24
2.5	Relevância do tema	25
2.6	Materiais e métodos	25
3	O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS QUE PRESTAM SERVIÇOS DE SAÚDE AO SUS.....	27
3.1	O papel das portarias do Ministério da Saúde.....	31
3.2	Condições da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos.....	42
3.2.1	Entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos não dependentes do fundo público de saúde	44
3.2.2	Entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos dependentes do fundo público de saúde	46
3.3	As possibilidades das instituições privadas que prestam serviços de saúde participarem do Sistema Único de Saúde.....	48
3.4	A publicização na área da saúde.....	57
3.5	A questão do fomento	61
3.6	A natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços públicos de saúde.....	65
3.6.1	A natureza contratual da relação entre o SUS e as instituições privadas	71
4	INSTRUMENTOS PARA A CONSTITUIÇÃO DA REDE DE AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE	78
4.1	A preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos	80
4.1.1	Possibilidade dos entes federativos definirem os critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos	85
4.1.2	Crerios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos	88

4.2	Contratos administrativos	93
4.2.1	Forma de participação no SUS.....	95
4.2.2	Objeto do contrato administrativo no âmbito do SUS	96
4.2.3	A instituição privada que pode firmar contrato administrativo com o SUS	97
4.3	Convênios	98
4.3.1	Forma de participação no SUS.....	98
4.3.2	Objeto do convênio no âmbito do SUS	99
4.3.3	A instituição privada que pode firmar convênio com o SUS	99
4.4	Contratos de gestão.....	100
4.4.1	Forma de participação no SUS.....	101
4.4.2	Objeto do contrato de gestão no âmbito do SUS	102
4.4.3	A instituição privada que pode firmar contrato de gestão com o SUS..	103
4.5	Ajustes disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde ao SUS	106
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
	Referências.....	114

1 INTRODUÇÃO

A saúde foi alçada à categoria de direito social fundamental com a promulgação da Constituição Federal (CF) em 1988 (MENDES; BRANCO, 2013).

Segundo José Afonso da Silva (2017, p. 311), “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem.”

No período de cinquenta anos que se estende de 1930 a 1980, o desenvolvimento social foi entendido como decorrente do desenvolvimento econômico. Neste contexto, as políticas sociais – a de saúde inclusa – se subordinaram à política econômica (MACHADO; VIANA, 2009; VIANA; IBAÑEZ; ELIAS, 2009).

De acordo com Lucchese (1996, p. 82),

O ponto de partida consensual para o desenho das principais propostas do projeto de inovação política setorial, resumia-se na fórmula *Saúde: direito de todos e dever do Estado*; ou seja, a saúde, entendida como bem público, deveria constituir-se em direito social universal, a ser garantido pelo Estado a todo e qualquer cidadão brasileiro residente no país, independente de sua condição de segurado da Previdência ou não. Tal consenso fundamentava-se na leitura crítica da intervenção estatal no período autoritário, a qual, apesar de intensa, não desenhou um sistema de saúde capaz de garantir o acesso universal e igualitário a toda a população brasileira.

Protegida pelo regime jurídico dos direitos e garantias individuais adotado pela Carta Constitucional, cuja aplicabilidade é imediata¹, a saúde se tornou direito de todos que cabe ao Estado garantir por meio de políticas sociais e econômicas que busquem reduzir o risco de doença e de outros agravos e que

¹ Gotti (2012), após apresentar três concepções acerca da aplicabilidade imediata das normas relativas aos direitos e garantias fundamentais, conclui que sua adoção atua como cláusula maximizadora da eficácia dos direitos fundamentais. Acca (2013) apresenta a posição de três correntes doutrinárias sobre a eficácia dos direitos sociais. Ferreira Filho (2016) critica a aplicabilidade imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais, lembrando a impossibilidade de aplicação na hipótese da norma não ser completa. Silva (2017), depois de lembrar que a Constituição impõe a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, defende a eficácia contida das normas relativas aos direitos fundamentais e individuais e a eficácia limita das normas relativas aos direitos econômicos e sociais às quais a Constituição impõe a necessidade de lei integradora. Ferreira, (2019) advoga a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais, ainda que ausentes as condições materiais e institucionais necessárias. Weichert (2000), registra que os direitos sociais possuem uma dimensão de direito individual, subjetiva, e uma dimensão de projeção coletiva, objetiva, que impõe ao Estado o dever de garantir e satisfazer esses direitos, decorrendo daí, a busca da máxima eficiência e a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais, ainda que na forma de princípios programáticos.

possibilitem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde necessários a sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 196 da CF reflete o conceito amplo de saúde disseminado pela Organização Mundial da Saúde de estado de pleno bem-estar físico, mental e social (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006) e busca constituir os fundamentos da política de saúde que possibilitam que esse estado de pleno bem-estar físico, mental e social seja alcançado.

Esse mandamento constitucional estabeleceu dois fundamentos para a política de saúde com implicações importantes para a garantia do direito fundamental social à saúde expresso no art. 6º da CF e reafirmado na primeira parte do citado art. 196.

O primeiro fundamento reconhece que o estado de pleno bem-estar físico, mental e social depende dos resultados de políticas de áreas diversas da área de saúde ao estabelecer que as políticas sociais e econômicas devam buscar a redução do risco de doenças e de outros agravos a fim de garantir o direito de todos à saúde.

Na medida em que a saúde é dever do Estado, a adoção de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” também é dever do Estado.

Neste sentido, qualquer política social ou econômica que implique a elevação do risco de doença e de outros agravos ou dificulte o acesso universal e igualitário às ações e serviços mostra-se contrária à Constituição Federal.

O segundo fundamento define os princípios doutrinários do sistema público de saúde. Ao reconhecer que o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde deve ser universal e igualitário, o art. 196 da CF estabelece o princípio da universalidade, o princípio da equidade e o princípio da integralidade como princípios orientadores do sistema público de saúde. Esses princípios buscam garantir a todos os cidadãos o acesso aos serviços de saúde dos diversos níveis de complexidade, em igualdade de condições e segundo suas necessidades.

Além desses princípios orientadores, o art. 198, *caput*, da CF trata da organização do sistema público de saúde. Segundo esse dispositivo constitucional, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada

e constituem um sistema único.

O Sistema Único de Saúde (SUS) constituído nesses termos deve ser organizado de acordo com três diretrizes:

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

O art. 197 da CF determina que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e devem ser executados diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O §1º do seu art. 199 CF possibilita que as instituições privadas participem de forma complementar do SUS executando ações e serviços públicos de saúde.

São esses dois dispositivos constitucionais que permitem que os gestores locais do SUS acessem instituições privadas para garantir a oferta de ações e serviços de saúde adequados à demanda da população.

No entanto, os entes federativos enfrentam muita dificuldade para incorporar ações e serviços de saúde executados indiretamente, isto é, através de terceiros, à rede própria ou expandir a oferta mediante a execução de ações e serviços de saúde de forma complementar.

Entendemos que parte das dificuldades enfrentadas pelos entes federativos para incorporar ações e serviços de saúde à rede do SUS está relacionada à incompreensão da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde.

Tendo em vista esse entendimento, formulamos a seguinte pergunta de pesquisa: qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde? Há correspondência entre a natureza dessa relação e os instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada?

Estabelecida a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde, apresentaremos os tipos de instrumentos que possibilitam a incorporação de ações e serviços de saúde à rede do SUS relacionando-os às formas de participação das instituições privadas no SUS.

Para tanto, recorreremos à legislação, especialmente, os dispositivos

constitucionais que regulam o SUS, a Lei nº 8.080/1990, a Lei nº 9.637/1998 e portarias do Ministério da Saúde, e à literatura especializada que trata da legislação, da organização do SUS e da provisão de ações e serviços de saúde.

No capítulo 2 será apresentado o contexto da pesquisa.

No capítulo 3 nos dedicaremos a entender a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde.

Analisaremos o papel das portarias do Ministério da Saúde na regulamentação da participação complementar das instituições privadas de saúde no SUS, concluindo que vincularam o tipo de instrumento – contrato ou convênio – ao fim lucrativo ou não lucrativo da instituição, desconsiderando o objeto da relação estabelecida – a prestação de ações e serviços de saúde.

Discutiremos as condições da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, constatando que tanto as que não dependem do fundo público para exercer sua atividade quanto as que dependem ofertam serviços de saúde ao gestor local do SUS em função do preço a ser pago por ele, o que afasta a possibilidade de fomento por parte do Poder Público.

Apresentaremos as duas possibilidades das instituições privadas que executam ações e serviços de saúde participarem do SUS: a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e a execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar.

Discutiremos as incompatibilidades entre a estratégia da reforma adotada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995) e as determinações constitucionais do SUS e sua regulamentação, concluindo que, no âmbito do SUS, os contratos de gestão firmados com instituições privadas qualificadas como organização social constituem execução indireta de ações e serviços públicos de saúde, não caracterizando fomento por parte do Poder Público.

Por fim, concluiremos que a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam executando ações e serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar é uma relação com natureza contratual que impõe obrigações de parte a parte.

O capítulo 4 será destinado à apresentação dos instrumentos que possibilitam a incorporação de ações e serviços de saúde à rede do SUS relacionando o tipo de instrumento e a forma de participação no SUS a ele associada: execução indireta ou complementar.

Concluimos que instituições privadas com ou sem fins lucrativos podem firmar contrato administrativo para a execução de ações e serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar ao SUS, que o contrato de gestão deve pode ser utilizado para a execução de ações e serviços de saúde de forma indireta por instituições qualificadas como organização social e que o convênio somente pode ser utilizado para a execução de ações e serviços de saúde de forma complementar por entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos.

Nesse capítulo trataremos, também, da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, apresentando um modelo que garanta o exercício dessa preferência e permita a escolha da instituição privada com ou sem fins lucrativos mais adequada para a execução complementar de ações e serviços de saúde.

No capítulo 5 teceremos algumas considerações finais e apresentaremos sugestão de medidas a serem adotadas nos três níveis de governo – dois conjuntos de medidas no âmbito do Governo Federal e um conjunto de medidas no âmbito dos Governos dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.

As medidas sugeridas têm por objetivo garantir a efetividade do direito social fundamental à saúde e superar parte das dificuldades decorrentes da utilização inadequada dos instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementares ao sistema público de saúde.

2 CONTEXTO DA PESQUISA

É comum que os gestores locais do SUS expliquem a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde a partir da finalidade da instituição e do instrumento que utilizam para formalizar a relação: o contrato quando a relação é estabelecida com uma empresa e o convênio, quando se tratar de entidade filantrópica ou sem fins lucrativos.

Segundo esse entendimento, a relação entre o SUS e uma instituição privada que a ele presta ações e serviços de saúde pode apresentar natureza contratual ou convencional na medida em que sua formalização ocorra, respectivamente, por meio de contrato ou convênio. Para um mesmo objeto – a execução de ações e serviços de saúde – duas naturezas de relação.

Santos (2015, p. 822) assim registra essa situação:

Tem sido usual firmar contrato para ajustar a relação obrigacional com a entidade lucrativa e o convênio com as sem fins lucrativos. O que tem fundamentado de forma equivocada essa escolha não é o 'objeto' da relação jurídica, mas sim a 'finalidade' da entidade: se lucrativa, o contrato; se sem fins lucrativos, o convênio. Ainda que o objeto seja sempre o mesmo – prestação de serviço que falta no serviço público e precisa ser complementado –, é comum essa interpretação.

Arretche (2000) argumenta que a descentralização das políticas de saúde determinada no art. 198 da CF depende de três grupos de fatores: os atributos institucionais da política de saúde, os atributos estruturais das unidades locais de governo e as relações entre Estado e sociedade e intergovernamentais. Os atributos estruturais das unidades locais de governo dizem respeito a suas capacidades econômica, fiscal e administrativa.

2.1 Financiamento e orçamentação

A Constituição Federal estabeleceu que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

O modelo de financiamento e de orçamentação dos estabelecimentos de saúde no âmbito do SUS é questão em aberto que compromete a provisão de ações e serviços de saúde adequada à demanda da população seja em decorrência

da insuficiência de recursos, seja em decorrência do modelo de remuneração dos serviços.

Tratando do montante de recursos destinados ao financiamento do sistema público de saúde, Mendes e Marques (2009, p. 842) afirmam que a trajetória do SUS “no período pós-constitucional foi bastante tumultuada em relação ao problema de seu financiamento – insuficiência de recursos”.

O modelo de financiamento misto do SUS que combina valores de remuneração *per capita* fixos com valores de remuneração variáveis por produção pode conduzir à ineficiência e à seleção adversa dos estabelecimentos de saúde para prestação de serviços públicos de saúde. As diferenças estruturais entre os estabelecimentos de saúde implicam diferenças de custos dos serviços prestados que levam a três situações:

- a) ineficiência produtiva: o valor da remuneração paga pelo SUS é equivalente ao maior custo dos serviços prestados e todos os estabelecimentos de saúde com custo menor auferem lucro econômico;
- b) monopólio da oferta de serviços pelo setor público: o valor da remuneração paga pelo SUS é equivalente ao menor custo dos serviços prestados e todos os estabelecimentos de saúde com custo maior têm prejuízo, o que pode levar à suspensão da prestação dos serviços contratados;
- c) escassez na oferta: o valor da remuneração paga pelo SUS é equivalente ao custo médio dos serviços prestados, implicando que parte dos estabelecimentos de saúde auferem lucro econômico e parte tem prejuízo (PINHEIRO FILHO; SARTI, 2012).

2.2 Dificuldades impostas por atores diversos

Em geral, as dificuldades impostas por atores diversos são de duas ordens e se potencializam.

As primeiras dizem respeito ao descumprimento de dispositivos do art. 37 da Constituição Federal que trata da Administração Pública, em especial o inciso II que dispõe sobre a investidura em cargo ou emprego público e o inciso XXI que determina que a contratação de serviços se dê por meio de processo de licitação

pública.

De acordo com documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Saúde, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal (MPF), denominado “Fundamentos básicos para atuação do MPF contra a terceirização da gestão dos serviços prestados nos estabelecimentos públicos de saúde” (BRASIL, 2006c, p. 3), o modelo das organizações sociais apresenta problemas de ordem jurídica na medida em que

Não se compatibilizou a inovação com os mecanismos de controles da administração pública de matriz constitucional: obrigação de licitar, obrigação de promover concurso público, controle externo por tribunal de contas e mecanismos de controle interno.

As segundas decorrem da utilização inadequada dos instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria executados através de terceiros ou complementares ao sistema público de saúde.

Para o Ministério Público Federal há uma incompatibilidade absoluta decorrente da inconstitucionalidade da legislação que regula tais instrumentos.

Resulta que a Lei Federal e as leis estaduais e municipais editadas que admitem e disciplinam a transferência de serviços públicos de saúde para pessoas jurídicas de direito privado (instituições privadas), são inconstitucionais pois colidem frontalmente com os princípios e regras da Constituição da República e da Lei Orgânica da Saúde que regem a promoção do direito à saúde através do SUS. (BRASIL, 2006c, p. 4)

Decorre daí o entendimento

[...] que MPE e/ou o MPF deveriam atuar no sentido de obstar a celebração de contratos de gestão entre os Gestores do SUS e instituições privadas, que tenham por objeto a gestão e/ou prestação de serviços públicos de saúde, atualmente desenvolvidos diretamente por Estados e Municípios. Nos casos em que os serviços públicos de saúde já foram passados à gestão de instituições privadas, impende a adoção de medida judicial destinada à regularização da situação, com a anulação dos contratos de gestão, adotando-se as cautelas necessárias à manutenção da continuidade dos serviços. (BRASIL, 2006, p. 8)

Santos (2015, p. 823) observa que

[...] tribunais de contas como o do Estado de São Paulo, ao analisarem os convênios firmados para a complementaridade dos serviços, os veem como de parceria, e nunca como contratos de prestação de serviços, remunerados

por tabela de preço, semelhantes em tudo aos contratos celebrados com as entidades lucrativas.

Esse entendimento tem sido polêmico ante a ingerência do poder público na gestão dessas entidades, com imposição de rotinas administrativas e até mesmo de restrição quanto à aplicação dos recursos em determinadas atividades em decorrência do convênio, interferindo na sua forma de atuação privada.

Diversas Orientações Interpretativas do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPC/SP), fundadas em decisões do Tribunal de Contas do Estado do São Paulo (TCESP), caracterizam a “ingerência do poder público” decorrente de entendimentos particulares exposta por Santos (2015).

Um exemplo é a Orientação Interpretativa nº 04.08 do MPC/SP (SÃO PAULO, 2025) que trata da “quarteirização de serviços”.

OI-MPC/SP nº 04.08: Em prestações de contas de repasses públicos a entidades do Terceiro Setor, concorre para a irregularidade a delegação de atividades, no todo ou em parte, a pessoa jurídica que não firmou ajuste com o poder público, prática comumente denominada “quarteirização”, caracterizando mera intermediação de mão de obra e possível incapacidade da entidade efetivamente contratada para a execução dos serviços pactuados.

Entre os fundamentos dessa Orientação Interpretativa há diversos julgados do TCESP.

Segundo ponto importante a ser discutido é a em relação à quarteirização dos serviços de saúde.

A quarteirização é uma prática em que uma empresa, já executando um serviço de forma terceirizada, contrata outra empresa para executar uma determinada atividade, o que não é permitido nos contratos de gestão. Em outras palavras, a organização social que firmou o ajuste com o poder público deve ser a responsável direta pela execução das atividades previstas no contrato.

A Lei nº 9.637/98, que instituiu o Programa Nacional de Publicização, estabelece que as organizações sociais devem ter capacidade técnica e operacional para executar as atividades previstas no contrato de gestão, sem a necessidade de quarteirização.

[...]

O panorama do tema é tormentoso, sendo objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito, na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, para investigar a quarteirização nos serviços públicos de saúde, cujo relatório final foi publicado no DOE de 19/02/2021, e que concluiu pela necessidade de uma legislação que defina, qualitativa e quantitativamente os limites de quarteirização.

Este Tribunal tem condenado a prática quando é verificado que a organização social quarteiriza grande parte da sua atividade-fim, sendo mera intermediadora, burlando a regra constitucional do concurso público”.

(TC-019242.989.21-8, Conselheiro Substituto-Auditor Antônio Carlos Santos, DOE de 17/04/2023, trânsito em julgado em 10/05/2023)

“A quarterização da atividade-fim configura falta de capacidade técnica da Organização Social contratada em executar os serviços pactuados, uma vez que não detém pessoal especializado em sua estrutura organizacional, dependendo, assim, de profissionais alheios ao ajuste. Assim é o entendimento deste Tribunal, conforme transcrito a seguir: Em caso análogo, essa Corte tem considerado que esse procedimento caracteriza a quarterização de serviços públicos. Tal ato demonstra que a entidade beneficiária não possui pessoal (profissionais da saúde) para executar o objeto dos recursos repassados, dependendo para tanto de profissionais alheios ao ajuste. A quarterização das atividades revela ausência de capacidade da beneficiária para executar o ajuste e indício de antieconomicidade”.

(TC024234.989.18-4. Sessão da Segunda Câmara em 04/02/2020, Rel. Conselheiro Dimas Ramalho)

“Essa terceirização realizada pela Organização Social, denominada quarterização, é considerada irregular, uma vez que tal prática possibilita que empresas privadas e com fins lucrativos pactuem, ainda que indiretamente, com o Poder Público, sem observar o devido processo licitatório preconizado pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI. Nesse sentido é o entendimento desta E. Corte de Contas: Por derradeiro, apesar de o Município conveniente garantir que médicos cooperados atenderam às lides conveniadas na condição de profissionais autônomos, ficou assentado, literalmente, que a prestação de serviços seria realizada através de outra entidade, denominada Cooperativa Médica Nacional, deixando patente a terceirização ou, ainda, a quarterização das atividades. Ficou evidente que a Irmandade não tinha condições de, por si só, realizar os serviços pactuados, dependendo de profissionais alheios ao ajuste. Mister comentar que avenças de tal natureza têm sido alvo de acurada atenção desta Corte, em especial no que tange à possibilidade de entidades do terceiro setor serem usadas como porta de entrada para a iniciativa privada pactuar com a Administração sem submeter-se a processo de seleção. Comumente chamada de terceirização de serviços ou subcontratação, tal manobra coloca a organização não lucrativa na linha de frente da avença, legalmente suportada por estatutos e certificações exigíveis, mas permite que terceiro exerça as lides conveniadas, sendo remunerado pela prestação de serviços e, talvez, burlando a disputa com outras entidades”.

(TC-000180/008/12. Sessão da Primeira Câmara em 05/05/2015, Rel. Substituta de Conselheiro Silvia Monteiro)

“Se a OSCIP firma contrato de gestão para execução dos serviços de saúde do hospital, objeto do Termo de Parceria, e “quarteriza” a atividade-fim, entregando, a empresa que visa ao lucro, tanto a gestão quanto a contratação de pessoal, estará a cometer uma série de irregularidades, de ordem principiológica e legal.

Com maior gravidade, age sem legitimidade a Administração Pública ao admitir que haja contratação de serviços de natureza pública por interposta pessoa, em desobediência ao dever de licitar, e ao desamparo da transparência e da economicidade que devem pautar as relações com terceiros”.

(TCESP, 1ª Câmara, TC-35223/026/10, Rel. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, j. 17.09.2013)

Outro exemplo é a Orientação Interpretativa nº 04.14 do MPC/SP (SÃO PAULO, 2025) que trata do “limite de despesas com pessoal e cômputo de serviços médicos”.

OI-MPC/SP nº 04.14: Em prestações de contas de repasses públicos a entidades do Terceiro Setor, concorre para a irregularidade o descumprimento do limite de despesas com pessoal estabelecido no ajuste, devendo ser incluídos no cálculo, no caso de atividades desenvolvidas na área da saúde, os custos com serviços médicos terceirizados.

Essa Orientação Interpretativa também tem como fundamento diversos julgados do TCESP.

“Quanto ao limite de gastos com pessoal, é obrigatório que os dispêndios com prestadores de serviços, mediante os pactos firmados com pessoas jurídicas e autônomos, entrem no cômputo de despesas com pessoal sendo esse o entendimento que prevalece nesta Corte, a teor de recentes julgamentos.

O Conselheiro Renato Martins Costa, na sessão da e. Segunda Câmara de 07/12/2021, nos autos do TC-2705/026/18, ao examinar a prestação de contas da Cruzada Bandeirante São Camilo Assistência Médico-Social, decorrente de recursos repassados pela SES, assim expôs seu entendimento sobre o tema:

No que diz respeito às despesas incorridas com pessoal, filio-me ao posicionamento adotado por esta E. Segunda Câmara quando do julgamento do processo TC-018594/026/12. Se a própria Secretaria da Saúde assevera que a OS se vale de serviços médicos por meio de pessoas jurídicas em virtude de dificuldades para contratar diretamente os profissionais, não há como desvincular tais desembolsos do total de dispêndios com pessoal, para fins de cálculo do limite avençado. Outras decisões foram proferidas nesse mesmo sentido. Somados, os gastos com recursos humanos e com serviços médicos (prestados por intermédio de pessoas jurídicas) atingiram, assim, 83% do valor global de custeio para o exercício”

Na mesma linha, o Conselheiro Dimas Ramalho, nos autos do TC-26280/026/15, sessão da e. Segunda Câmara de 04/02/2020, que julgou regular, com recomendação, a prestação de contas da Associação Congregação de Santa Catarina decorrente de contrato de gestão firmado com a SES, senão vejamos:

“2.2. O limite para despesas de pessoal previsto no Contrato de Gestão vem sendo seguidamente superado, tendo sido constatado nas prestações de contas anteriores (TC-016068/026/11, TC018594/026/12). Ao analisar a Prestação de Contas do exercício de 2010 (TC016068/026/11), o Relator, Conselheiro Sidney Beraldo, já recomendava às partes interessadas: “Outra questão que demanda acerto por parte dos responsáveis é a apuração do limite de gastos com pessoal. Contratante e organização social contratada alegaram que os serviços médicos terceirizados não compõem o limite de 70% de gastos com pessoal, estabelecido em contrato. Ora, se a própria entidade alegou que contrata serviços médicos por pessoa jurídica pela dificuldade de contratar diretamente os profissionais, não há como se desvincular tais despesas do total de gastos com pessoal, para fins de cálculo do limite avençado. No entanto, a apuração dos gastos com pessoal, inclusive os serviços médicos contratados, resultaram em 75,84% dos gastos, segundo levantado pela Fiscalização à fl. 61, apenas 5,84% acima do traçado, não representando desvirtuamento das diretrizes de gestão previstas em contrato. Assim, advirto os responsáveis para que promovam a adequação do cálculo de limite de pessoal e demais providências gerenciais necessárias, ou mesmo, dos termos contratuais.” (grifos nossos)

Desse modo, com base em precedentes desta Corte, recomendo aos contratantes que passem a observar o limite de gastos com pessoal na forma como contratado, com a inclusão dos dispêndios realizados com prestadores de serviços, sob pena de reprovação das prestações de contas futuras.”

(Segunda Câmara, TC-16687.989.20-2, Rel. Conselheiro Robson Marinho, sessão de 07/03/2023)

A Orientação Interpretativa nº 04.08 do MPC/SP (SÃO PAULO, 2025) assume que repasses públicos a entidades do Terceiro Setor caracterizam a terceirização de serviços públicos.

Não nos parece ser esse o melhor entendimento. A título de exemplo citamos os repasses públicos às Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAEs) que não nos parece implicar a terceirização de qualquer serviço público. Além disso, não há impedimento que essas entidades privadas contratem com outras instituições privadas.

A Orientação Interpretativa nº 04.14 do MPC/SP (SÃO PAULO, 2025) deixa de lado a avaliação dos resultados alcançados com os repasses públicos a entidades do Terceiro Setor para privilegiar o atendimento a elemento de conformidade: o limite de despesa com pessoal. Estabelece, ainda, uma diferenciação em relação aos serviços médicos prestados por pessoas jurídicas no âmbito de ajustes na área da saúde.

Mais uma vez não nos parece o melhor entendimento. Ao privilegiar o atendimento estrito ao limite de despesa com pessoal, ignora que elementos que não estão sob a governabilidade da entidade beneficiária do repasse podem influenciá-lo. Na área da saúde, ainda que o ajuste se refira a um território específico e com a população estável, a incerteza da demanda, que impacta os meios necessários a seu atendimento, se faz presente (ARROW, 1963).

2.3 Problema de pesquisa

Qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde? Há correspondência entre a natureza dessa relação e os instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada?

2.4 Hipótese de pesquisa

A hipótese adotada neste trabalho é que a utilização pelos entes federativos dos instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de

saúde à rede própria ou complementar ao sistema público de saúde apresenta um desajuste entre a forma e o conteúdo, entre o tipo de instrumento utilizado e seu objeto, que implica a adoção de instrumentos não adequados à forma de participação no SUS – execução indireta ou complementar.

2.5 Relevância do tema

Os entes federativos não conseguem atender a demanda por ações e serviços de saúde, que é marcada pela incerteza (ARROW, 1963) em função da dificuldade que enfrentam para garantir a provisão de ações e serviços de saúde mediante sua incorporação à rede própria ou complementares ao sistema público de saúde.

Espera-se que a determinação da natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde possibilite relacionar o tipo de instrumento mais adequado à forma de participação no SUS – execução indireta ou complementar – para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementar ao sistema público de saúde e, com isso, superar ou, pelo menos, mitigar as dificuldades impostas por atores diversos a essa incorporação.

2.6 Materiais e métodos

A pesquisa possui uma abordagem predominantemente normativa e documental.

Será utilizada a seguinte legislação: os dispositivos constitucionais que regulam o SUS, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei nº 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais; a Lei nº 14.133/2021, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e portarias do Ministério da Saúde que regulam a participação complementar das instituições privadas no SUS.

Em relação à literatura especializada, destacam-se duas áreas: textos que tratam da legislação e textos que tratam da organização do SUS e da provisão de ações e serviços de saúde.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS QUE PRESTAM SERVIÇOS DE SAÚDE AO SUS

As ações e os serviços de saúde têm posição de destaque na garantia do direito fundamental social à saúde.

O art. 196 da CF determina que a saúde é direito de todos que deve ser garantido pelo Estado mediante a adoção de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação.

A construção do direito fundamental social à saúde em torno das ações e serviços de saúde da forma estabelecida pelo constituinte originário explicita os princípios doutrinários do SUS: a universalidade², a equidade³ e a integralidade⁴.

Segundo Paim e Silva (2010, p. 113),

No SUS, *universalidade* supõe que todos os brasileiros tenham acesso igualitário aos serviços de saúde e respectivas ações, sem qualquer barreira de natureza legal, econômica, física ou cultural. A *equidade* possibilita a concretização da justiça, com a prestação de serviços, destacando *um grupo ou categoria essencial* alvo especial das intervenções. E a *integralidade* tende

² “O universal é aquilo que é comum a todos. Essa ideia está presente no lema da Revolução Francesa e nas promessas dos socialistas utópicos. Na saúde, as propostas do *Welfare State* e da Conferência de Alma-Ata, defendendo o direito à saúde, reforçaram o princípio da universalidade.” (PAIM; SILVA, 2010, p. 111)

³ “Do ponto de vista etimológico, a palavra equidade está próxima da igualdade e ambas têm sido frequentemente usadas como sinônimos. São consideradas um contraponto para as desigualdades, sejam as socioeconômicas, sejam as de saúde. Assim, organismos internacionais admitem que equidade implica a diminuição das diferenças evitáveis e injustas, ao mínimo possível, e na oferta de serviços de saúde em função das necessidades e da capacidade de pagamento. No entanto, muitos textos técnicos e artigos científicos usam a equidade sem preocupação com a precisão conceitual. É possível distinguir a equidade horizontal e a equidade vertical baseadas na ideia aristotélica de justiça. A primeira diz respeito ao igual tratamento para iguais e a segunda supõe tratamento desigual para desiguais. Embora a igualdade seja um valor importante, haveria situações em que ocorrem grandes desigualdades, como no acesso aos serviços de saúde. Nesses casos, atender igualmente os desiguais poderia resultar na manutenção das desigualdades. Assim, a questão posta vai no sentido de demonstrar que a igualdade pode não ser justa. Com vistas, sobretudo, à distribuição de recursos, a noção de equidade admite a possibilidade de atender desigualmente os que são desiguais, priorizando aqueles que mais necessitam para poder alcançar a igualdade.” (PAIM; SILVA, 2010, p. 111)

⁴ “A integralidade, como noção polissêmica, pode ser vista como imagem-objetivo ou bandeira de luta, como valor a ser sustentado e defendido, como dimensão das práticas e como atitude diante das formas de organizar o processo de trabalho. Aparece, também, como categoria genérica capaz de englobar diversas dimensões do cuidado (acesso, qualidade, relações interpessoais) e até mesmo das pessoas, como “autonomia”. Outros autores admitem que os sistemas de serviços de saúde, organizados na perspectiva da integralidade da atenção, adotariam as seguintes premissas: a) primazia das ações de promoção e prevenção; b) garantia de atenção nos três níveis de complexidade da assistência médica; c) articulação das ações de promoção, prevenção, cura e recuperação; d) a abordagem integral do indivíduo e famílias. No processo político-institucional, distintos modos tecnológicos de intervenção têm contemplado a integralidade buscando formas de operacionalização.” (PAIM; SILVA, 2010, p. 112)

a reforçar as ações intersetoriais e a construção de uma nova governança na gestão de políticas públicas. (grifos dos autores)

De acordo com o art. 197 da CF, as ações e os serviços de saúde são de relevância pública⁵, devendo ser executados diretamente ou através de terceiros e por pessoa física ou jurídica de direito privado, e, segundo o que dispuser a lei, regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público.

Santos (2015, p. 824) ao tratar dos serviços de saúde afirma que:

A redação do Art. 197 da CF deixa claras quatro questões que nos levam a considerar a sua natureza pública (BRASIL, 1988):

1. Os serviços de saúde públicos ou privados são de relevância pública;
2. Os serviços de saúde públicos ou privados estão inteiramente sob regulamentação, fiscalização e controle público;
3. Os serviços 'públicos' devem ser executados diretamente ou através de terceiros; e
4. Os serviços 'privados' podem ser executados por pessoas jurídicas ou físicas.

[...]

As características da saúde e o papel que o poder público desempenha na garantia de prestações de proteção, promoção e recuperação, e no dever de regular, fiscalizar e controlar todas as suas atividades – sejam públicas ou privadas – demonstra o reconhecimento de sua essencialidade, garantindo-lhe natureza pública, independentemente de sua titularidade.

[...]

É importante considerar que o Art. 197 da CF trata dos serviços de saúde, públicos e privados. Por isso, referiu-se a eles como de relevância pública, por estarem os serviços privados compreendidos naquela norma, garantindo a todos, sem distinção, mesma natureza pública, conforme debate da Assembleia Nacional Constituinte.

Segundo as disposições do art. 199, *caput*, e §1º da CF, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e as instituições privadas que atendam as diretrizes do sistema público de saúde, tendo preferência as filantrópicas e as sem fins lucrativos, podem participar de forma complementar do SUS.

Santos (2015, p. 824) vincula a possibilidade da complementaridade à natureza pública dos serviços de saúde:

É sua natureza pública que permite a complementaridade do sistema público por serviços privados, mesmo sendo os mesmos lucrativos. Trata-se de uma

⁵ Em 1992, a Organização Pan-Americana de Saúde promoveu uma oficina de trabalho para discutir o conceito de “relevância pública” na perspectiva dos arts. 129, II, e 197 da Constituição Federal. Dessa oficina de trabalho resultou a publicação de *O conceito constitucional de relevância pública*. Devido a sua importância, três textos foram republicados, em 2004, pela Revista de Direito Sanitário. A relevância pública das ações e serviços de saúde decorrente de disposição constitucional (GRAU, 2004), do interesse público na sua prestação (FERRAZ; BENJAMIN, 2004), ou dos princípios constitucionais que concentra (ARAÚJO, 2004), impõe a submissão das ações e serviços de saúde prestados pelo Poder Público ou pelos particulares à fiscalização do Ministério Público visando a garantia dos direitos assegurados na Constituição Federal.

mesma natureza para um mesmo serviço, independentemente de sua titularidade, por não ser este o seu traço distintivo, mas sim a sua 'fundamentalidade e relevância pública'.

A Constituição Federal não faz qualquer diferenciação entre as ações e serviços de saúde executados diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, e por pessoa física ou jurídica de direito privado, uns e outros se submetem à regulação por parte do Poder Público e devem atender às diretrizes do sistema público de saúde para integrarem a rede regionalizada e hierarquizada que constitui o SUS.

Corroborando este entendimento – a não diferenciação entre as ações e serviços de saúde executados diretamente pelo Poder Público ou por terceiros, e pessoa física ou jurídica de direito privado – a distinção entre serviços públicos não privativos e serviços públicos privativos proposta por Grau (2008, p. 122-123):

Assim, o que torna os chamados *serviços públicos não privativos* distintos dos *privativos* é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratasse, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.

Não importa quem preste tais serviços – União, Estados-membros e Municípios ou particulares; em qualquer hipótese haverá serviço público.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o RE 684.612, recurso extraordinário em que se discute determinação para a realização, entre outras obrigações, de concurso público de provas e títulos para o provimento de cargos de médico e funcionários técnicos em hospital específico, reconheceu sua repercussão geral e estabeleceu o *Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção* (BRASIL, 2023), fixando a seguinte tese:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3.

No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

O item 3 da tese ao tratar do déficit de profissionais nos serviços de saúde indica que o déficit “pode ser suprido por concurso público” ou “pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

Não há a imposição de uma solução específica: a superação do déficit de profissionais pode ocorrer mediante concurso público, hipótese em que os serviços públicos de saúde serão prestados diretamente pelo Poder Público, ou pela contratação de OS ou OSCIP, hipótese em que os serviços públicos de saúde serão prestados por terceiros.

O STF, ao interpretar a Constituição Federal a fim de delinear os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado com o fito de garantir o direito fundamental social à saúde e estabelecer o Tema 698, não reconheceu qualquer diferenciação entre os serviços de saúde executados diretamente pelo Poder Público ou por terceiros.

Cabe ao Poder Público escolher os meios mais adequados para garantir o direito social à saúde da população.

Neste capítulo buscaremos resposta para a seguinte questão: qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde?

Na primeira seção trataremos do papel das portarias do Ministério da Saúde na regulamentação da participação complementar das instituições privadas de saúde no SUS. Concluímos que por meio das portarias o Ministério da Saúde introduziu inovações não previstas na lei, extrapolando seu poder de regulamentação, pouco ou nada esclarecendo acerca da natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam de forma complementar.

Na segunda seção discutiremos as condições da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, concluindo que a oferta depende de capacidade ociosa das entidades e do preço a ser pago pelo gestor local do SUS, o que caracteriza uma relação contratual.

Na terceira seção apresentaremos as duas possibilidades das

instituições privadas que prestam serviços de saúde participarem do SUS: a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e a execução de ações e serviços públicos de saúde em complementação à sua execução direta pela administração pública ou indireta por terceiros.

Apontaremos que a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) trata apenas da participação complementar das instituições privadas no SUS, não fazendo qualquer menção à possibilidade das mesmas participarem do sistema público de saúde por meio da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

Por sua vez, a Portaria nº 2.567/2016 (BRASIL, 2016a), ao inovar em relação as disposições do §1º do art. 199 da CF e do art. 24 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), extrapola a competência atribuída à direção nacional do SUS para regular as relações entre o sistema público de saúde e os serviços privados de assistência à saúde.

A quarta seção será dedicada à apresentação de possíveis incompatibilidades entre a estratégia da reforma adotada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995) e as determinações constitucionais do SUS e sua regulamentação. Ao final, apresentadas as incompatibilidades, propomos entender o contrato de gestão como o meio pelo qual entidades privadas qualificadas como “organizações sociais” executam indiretamente ações e serviços públicos de saúde.

Na quinta seção, a partir de considerações sobre a regulamentação das organizações sociais e dos contratos de gestão e das condições da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, apontaremos que as relações estabelecidas entre o Poder Público e essas entidades privadas por meio de contratos de gestão e de convênios na área de saúde não são relações de fomento.

Na última seção teceremos considerações acerca da natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços públicos de saúde, concluindo que se trata de uma relação contratual.

3.1 O papel das portarias do Ministério da Saúde

Após a elaboração de relatório sobre a “minuta de contrato padrão” encaminhada pelo Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Saúde (CNS), por

meio da Resolução nº 071/1993 (BRASIL, 1993b), decide

Recomendar que o Ministério da Saúde, através da Secretaria de Assistência à Saúde, baixe Portaria dispondo sobre a explicitação de cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, o Distrito Federal e o Município e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde.

Em atendimento à recomendação feita na Resolução nº 071/1993 (BRASIL, 1993b) pelo CNS, o Ministério da Saúde emite a Portaria nº 1.286/1993 (BRASIL, 1993c).

Essa portaria dispõe sobre as “cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, Distrito Federal e o Município e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde”.

A portaria determina que a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato administrativo.

Art. 2º A participação complementar no SUS dos serviços privados de assistência à saúde será formalizada mediante contrato administrativo celebrado com o Estado ou o Município, observadas as normas para licitações e contratos da Administração Pública e as disposições desta Portaria. (BRASIL, 1993c)

No entanto, estipula prazo para a regulamentação da preferência à participação complementar das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no SUS mediante a celebração de convênio de parceria.

Art. 10 No prazo de sessenta dias, a contar da data da publicação desta Portaria, o Ministério da Saúde regulamentará a preferência, atribuída pela Constituição Federal (art. 199, § 1º) e pela Lei Orgânica da Saúde (art. 25), para a participação complementar no SUS, mediante convênio de parceria, de entidade filantrópica ou sem fins lucrativos. (BRASIL, 1993c)

Passados sete meses da emissão da Portaria nº 1.286/1993 (BRASIL, 1993c), o Ministério da Saúde expede a Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a).

Essa segunda portaria “estabelece normas gerais sobre a participação preferencial de entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde (SUS) e define o regime de parceria entre o Poder Público e essas

entidades”.

Segundo a portaria, a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos para a participação complementar no sistema público de saúde mediante a celebração de convênio.

Art. 2º Depois de esgotada a capacidade de prestação de ações e serviços de saúde, pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional, a direção do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo dará preferência, para participação complementar no sistema, às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos, com as quais celebrará convênio. (BRASIL, 1994a)

A celebração do convênio para a participação complementar no SUS confere às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos a condição de parceiras do Poder Público na execução de ações e serviços de saúde.

Art. 4º A participação de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde, mediante convênio celebrado nos termos dessa Portaria, confere à entidade condição de parceira do Poder Público na execução de ações e serviços de saúde. (BRASIL, 1994a)

A vinculação entre a natureza jurídica da entidade privada e o instrumento utilizado para sua participação no SUS surge com a emissão da Portaria nº 1.286/1993 (BRASIL, 1993c).

Não bastasse a vinculação entre a natureza jurídica da entidade privada e o instrumento utilizado para sua participação no SUS, a Portaria nº 1.286/1993 (BRASIL, 1993c) relaciona a preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para participação complementar no SUS estabelecida no §1º do art. 199 da CF ao convênio. A portaria determina que o Ministério da Saúde regulamentará essa preferência e que a participação complementar das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no SUS de dará por meio da celebração de “convênio de parceria”.

A Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a) não regulamenta a preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para participação complementar no SUS, apenas determina que a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos para a participação complementar no sistema público de saúde.

De fato, a Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a) regulamenta as

condições para a celebração de convênio entre o ente federativo e a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos que possibilita a participação complementar das segundas no SUS e lhes confere a condição de parceiras do Poder Público na execução de ações e serviços de saúde.

De acordo com o §1º do art. 199 da CF, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos têm preferência em relação às empresas na situação em que o Poder Público demandar os serviços prestados por instituições privadas para garantir a prestação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

Pensamos que essa preferência não seja absoluta. Parece ser um contrassenso imaginar que apresentando a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos piores condições técnicas ou financeiras para a prestação das ações e dos serviços de saúde demandados que a empresa, o Poder Público ainda assim deva garantir-lhe a preferência constitucionalmente estabelecida.

A preferência parece ser relativa: apresentando a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos as mesmas condições técnicas ou financeiras que uma empresa para a prestação das ações e dos serviços de saúde demandados, a preferência constitucionalmente estabelecida deve ser garantida pelo Poder Público sem qualquer condição.

No entanto, a redação do art. 2º da Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a) sugere que a preferência é absoluta e a condicionou à celebração de convênio.

Art. 2º - Depois de esgotada a capacidade de prestação de ações e serviços de saúde, pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional, a direção do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo dará preferência, para participação complementar no sistema, às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos, com as quais celebrará convênio.

Caso a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos atenda as condições para o exercício da preferência relativa e entenda que o instrumento que deve regular sua relação com o Poder Público é o contrato administrativo, será impedida de participar de forma complementar do SUS?

A regulamentação estabelecida pelo Ministério da Saúde expandiu a garantia constitucional ao sugerir que a preferência é absoluta e simultaneamente a limitou ao condicioná-la à celebração de convênio.

A imposição do convênio como única forma de ajuste aceita para a

participação complementar e a decorrente condição de parceiras do Poder Público atribuída às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos após sua celebração modifica o entendimento amplamente aceito do que seja um convênio: ajuste entre entidades públicas ou entre estas e entidades privadas para a realização de objetivos de interesse comum em regime de mútua colaboração (DI PRIETO, 2009, p. 336; MEDAUAR, 2009, p. 234; MEIRELLES, 2009, p. 411; NOHARA, 2020, p. 503; CARVALHO FILHO, 2023, p. 185).

Com pequenas alterações em relação à Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a), que não prejudicam a análise já feita, o Ministério da Saúde lança a Portaria nº 1.695/1994 (BRASIL, 1994b), que regulou a participação preferencial de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no SUS durante 12 anos.

Simultaneamente à divulgação do Pacto pela Saúde em 2006⁶, o Ministério da Saúde emite a Portaria nº 358/2006 (BRASIL, 2006a), que “institui diretrizes para contratação de serviços assistenciais no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Essa portaria mantém a determinação de que a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos para a participação complementar no sistema público de saúde mediante a celebração de convênio, conferindo-lhes a condição de parceiras do Poder Público na execução de ações e serviços de saúde.

Art. 5º Esgotada a capacidade de prestação de ações e serviços de saúde pelos órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional, a gestão do Sistema Único de Saúde nos municípios, nos estados e no Distrito Federal deverá dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, para participação complementar no sistema.

Parágrafo único. O instrumento utilizado para firmar acordo entre o Poder Público e as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverá ser convênio, que confere a tais entidades a condição de parceira do Poder Público. (BRASIL, 2006a)

Por outro lado, amplia a restrição ao exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF ao determinar que as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que não firmarem o convênio por discordância de seus termos ou requisitos “deixam de gozar do privilégio da preferência”.

⁶ Portaria nº 399, 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 - Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 fev. 2006. Seção 1, p. 43-51.

Art. 8º Nos casos em que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não firmarem convênio com a administração pública por não concordarem com os termos do convênio ou com seus requisitos, essas deixam de gozar do privilégio da preferência na contratação, concorrendo com as demais empresas no processo de licitação. (BRASIL, 2006a)

A nova regulamentação para a contratação de serviços assistenciais no âmbito do SUS mantém o entendimento acerca da preferência absoluta firmado na Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a) e explicitamente assumiu que a celebração do convênio nos termos propostos pela administração pública é condição indispensável para o seu exercício.

Se a regulamentação anterior alterou a ordem dos fatores subjacente no entendimento amplamente aceito do que seja um convênio, a nova regulamentação para a contratação de serviços assistenciais no âmbito do SUS deixou de lado o interesse comum e o regime de mútua colaboração.

Passados dez meses, o Ministério da Saúde emite a Portaria nº 3.277/2006 (BRASIL, 2006b), que dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A portaria determina que a participação complementar das entidades privadas no SUS será formalizada por meio de convênio quando se estabelecer uma parceria para a prestação de ações e serviços de saúde à população ou por contrato administrativo quando se tratar da compra de serviços.

Art. 3º A participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio celebrado entre o poder público e a entidade privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços com instituições privadas serão utilizados os seguintes instrumentos:

I convênio, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços/promoção da saúde à população; e

II - contrato administrativo, quando o objeto do contrato for a mera compra de serviços. (BRASIL, 2006b)

Seguindo as portarias anteriores, essa portaria mantém a determinação de que a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos para a participação complementar no sistema público de saúde mediante a celebração de convênio que atenda determinados requisitos.

Art. 4º O estado ou o município, uma vez esgotada sua capacidade de oferta de serviços públicos de saúde, deverá, ao recorrer ao setor privado, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos.

Parágrafo único - Poderá fazer uso do instrumento de convênio quando for estabelecida uma parceria para a prestação de serviços de saúde, entendida como uma comunhão de interesses que observa os seguintes elementos:

I a entidade filantrópica ou a sem fins lucrativos deverá dedicar-se prioritariamente ao atendimento dos usuários do SUS;

II a entidade filantrópica ou a sem fins lucrativos deverá respeitar o princípio da igualdade no atendimento dos usuários do SUS e de sua clientela privada;

III utilização da capacidade instalada da entidade filantrópica ou da sem fins lucrativos, incluídos os equipamentos médico-hospitalares para atendimento de clientela particular, incluída a proveniente de convênios com entidades privadas, somente será permitida após esgotada sua utilização em favor da clientela universalizada e desde que estejam garantidos, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da capacidade instalada para atendimento de pacientes encaminhados pelo SUS. (BRASIL, 2006b)

A restrição ao exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF se mantém amparada no descumprimento dos requisitos do convênio: as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que não cumprirem os requisitos “deixam de gozar do privilégio da preferência”.

Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos que não cumprirem os requisitos fixados no artigo anterior, ou quando o objeto for apenas a compra de serviços de saúde, deixarão de gozar do privilégio da preferência na contratação com o Sistema Único de Saúde e concorrerão com as entidades privadas lucrativas, com igualdade de condições no processo de licitação. (BRASIL, 2006b)

Há uma tentativa de desvincular a natureza jurídica da entidade privada e o instrumento utilizado para sua participação complementar no SUS.

No entanto, os elementos utilizados para caracterizar a comunhão de interesses que possibilitará a parceria para a prestação de ações e serviços de saúde dizem respeito apenas às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e configuram imposições do poder público e não interesses comuns:

- a) dedicação prioritária ao atendimento dos usuários do SUS;
- b) utilização da capacidade instalada, incluídos os equipamentos médico-hospitalares para atendimento de clientela particular, incluída a proveniente de convênios com entidades privadas, somente após atendidos os usuários do SUS e desde que, no mínimo, 60% da capacidade tenha sido por eles utilizada.

A Portaria nº 1.034/2010 (BRASIL, 2010), que “dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de

assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde”, aparentemente ameniza os termos das duas portarias anteriores sem, no entanto, alterar seu escopo.

Nessa portaria, a formalização da participação complementar das entidades privadas no SUS vincula instituições privadas sem fins lucrativos e interesse em firmar parceria para a prestação de ações e serviços de saúde à população ao convênio e todas as entidades privadas e a compra de serviços de saúde ao contrato administrativo.

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:

I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde. (BRASIL, 2010)

A portaria mantém a determinação de que a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos para a participação complementar no sistema público de saúde, “observado o disposto na legislação vigente”.

Art. 4º O Estado ou o Município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente. (BRASIL, 2010)

A restrição ao exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF agora se sustenta no descumprimento dos “requisitos fixados na legislação vigente”.

Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente. Parágrafo único. As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS. (BRASIL, 2010)

Entre os requisitos fixados nessa portaria para o exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF está a obtenção da certificação de entidade beneficente de assistência social conforme as disposições da Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009).

De acordo com a Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009), a obtenção da certificação e a correspondente concessão da isenção de contribuições para a seguridade social depende da comprovação do “cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS”.

Art. 4º Para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento:

I - comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS;

II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

III - comprovar, anualmente, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base no somatório das internações realizadas e dos atendimentos ambulatoriais prestados.

§ 1º O atendimento do percentual mínimo de que trata o *caput* pode ser individualizado por estabelecimento ou pelo conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, desde que não abranja outra entidade com personalidade jurídica própria que seja por ela mantida.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, no conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, poderá ser incorporado aquele vinculado por força de contrato de gestão, na forma do regulamento. (BRASIL, 2009)

A circularidade criada pela conjunção das disposições da Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009) e da Portaria nº 1.034/2010 (BRASIL, 2010) é resolvida pelo art. 8º da Lei que determina que as instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos comprovem a “aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde”.

Art. 8º Na impossibilidade do cumprimento do percentual mínimo a que se refere o inciso II do art. 4º, em razão da falta de demanda, declarada pelo gestor local do SUS, ou não havendo contratação dos serviços de saúde da entidade, deverá ela comprovar a aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde da seguinte forma:

I - 20% (vinte por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);

II - 10% (dez por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 (trinta) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou

III - 5% (cinco por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) ou se completar o quantitativo das internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais, com atendimentos gratuitos devidamente informados de acordo com o disposto no art. 5º, não financiados pelo SUS ou por qualquer outra fonte.

Parágrafo único. (VETADO) (BRASIL, 2009)

A possibilidade de se conseguir a certificação de entidade beneficente de assistência social e a correspondente concessão da isenção de contribuições para a seguridade social mediante a aplicação de percentual da receita bruta em atendimento gratuito de saúde leva entidades sem fins lucrativos que não têm no rol de seus objetivos a filantropia, aqui entendida como o atendimento gratuito de saúde, a praticá-la.

Essa decisão depender da combinação entre os valores da isenção, da receita a ser aplicada e do superávit decorrente da venda de serviços de saúde a custos menores.

Não é trivial a combinação desses valores para se tomar a decisão de se aplicar o percentual da receita bruta em atendimento gratuito de saúde. Questões relativas à participação de mercado da entidade sem fins lucrativos e das decisões de produção das demais instituições e empresas que atuam no mesmo mercado devem ser consideradas.

Por outro lado, a combinação das disposições da Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009) e da Portaria nº 1.034/2010 (BRASIL, 2010) pode levar o gestor local do SUS a não contratar a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos ou a contratá-la de forma que não atinja o percentual requerido para a emissão do certificado de entidade beneficente de assistência social e obtenha a correspondente concessão da isenção de contribuições para a seguridade social, esperando que a mesma aplique percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde.

Nos dois casos, a aplicação de percentual da receita bruta da entidade filantrópica ou sem fins lucrativos em atendimento gratuito de saúde reduz a necessidade de aplicação de recursos por parte do gestor local do SUS dado que parte da demanda será atendida pela entidade, provocando um resultado equivalente ao efeito carona.

A utilização pela entidade filantrópica ou sem fins lucrativos do atendimento gratuito em saúde por ela produzido para a obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social não impede o gestor local do SUS de simultaneamente considerá-lo para atender a demanda por ações e serviços de saúde no âmbito do sistema público de saúde.

Em novembro de 2016, o Ministério da Saúde emite a Portaria nº

2.567/2016 (BRASIL, 2016a), que “dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Essa portaria mantém as disposições da portaria anterior quanto à formalização da participação complementar das instituições no SUS: convênio quanto de tratar de entidade filantrópica ou sem fins lucrativos e houver interesse comum em firmar parceria para prestação de ações e serviços de saúde à população e contrato administrativo quando se tratar da compra de serviços de saúde.

Art. 3º [...]

[...]

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios:

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

[...] (BRASIL, 2016a)

A portaria assegura a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos em conteúdo mais próximo ao estabelecido na Constituição Federal.

No entanto, também impõe restrição ao exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF sustentada no descumprimento dos “requisitos fixados na legislação vigente”. Entre os requisitos fixados nesta portaria para o exercício da preferência está a obtenção da certificação de entidade beneficente de assistência social conforme as disposições da Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009).

Art. 3º [...]

[...]

§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos.

[...]

§ 4º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente.

§ 5º As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº

12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.
[...]

A Portaria nº 2.567/2016 (BRASIL, 2016a) foi incorporada à Portaria de Consolidação nº 1/2017 (BRASIL, 2017a), que consolida as normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde, e continua regulando a participação complementar da iniciativa privada no SUS.

As alterações da Lei nº 12.101/2009 (BRASIL, 2009) promovidas pela Lei nº 12.453/2011 (BRASIL, 2011) e pela Lei nº 12.868/2013 (BRASIL, 2013), e, posteriormente, a Lei Complementar nº 187/2021 (BRASIL, 2021b), que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes e regula os procedimentos referentes à imunidade de contribuições à seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal e dá outras providências, não modificam a análise das consequências da exigência da obtenção da certificação de entidade beneficente feita anteriormente, e essa portaria não supera o efeito carona introduzido pela portaria anterior.

As portarias emitidas pelo Ministério da Saúde para regulamentar a participação complementar da iniciativa privada no SUS introduziram inovações não previstas na lei, a nosso ver, extrapolando seu poder de regulamentação.

Estabeleceram que cabe a utilização de convênio para a formalização de ajuste com entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos quando houver interesse comum em firmar parceria para prestação de ações e serviços de saúde à população e a utilização de contrato administrativo para a formalização de ajuste com qualquer instituição privada quando se tratar da compra de serviços de saúde.

Não há nas portarias qualquer alusão ao que o Ministério da Saúde entenda por “parceria para a prestação de ações e serviços de saúde” ou “compra de serviços de saúde”.

As portarias pouco ou nada esclarecem acerca da natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam de forma complementar.

3.2 Condições da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos

De acordo com a regulamentação infralegal estabelecida pelo Ministério da Saúde, a participação das entidades privadas no SUS deve complementar os serviços públicos, atender os princípios da universalidade, da integralidade e da equidade e as diretrizes do SUS e ocorrer nas áreas em que o gestor local do SUS precisa ampliar a oferta de ações e serviços de saúde a fim de garantir a cobertura assistencial à população.

Art. 130. Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada. (Origem: PRTMS/GM 2567/2016, Art. 3º)

§ 1º Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 1º)
[...] (BRASIL, 2017a)

Quais ações e serviços de saúde são requeridos, qual a quantidade necessária dessas ações e serviços de saúde e como executar essas ações e serviços de saúde são questões que precisam ser respondidas pelo gestor local do SUS, cujo objetivo é garantir à população o direito fundamental social à saúde previsto no art. 6º da CF e segundo o que dispõe o seu art. 196.

Se as decisões acerca de quais ações e serviços de saúde são requeridas, qual a quantidade necessária dessas ações e serviços de saúde e como executar essas ações e serviços de saúde somente podem ser tomadas pelo gestor local do SUS, qual é o objetivo comum entre o órgão público que este representa e uma entidade privada que se candidata a executar essas ações e serviços de saúde no tipo e quantidade demandados e segundo os princípios e as diretrizes do SUS e as demais regras impostas pelo gestor local do sistema que possibilita o estabelecimento de um de convênio?

A resposta a esta questão passa pela análise das condições da oferta de ações e serviços de saúde executados pelas entidades privadas.

Tendo em vista a utilização corrente de contrato quando a relação é estabelecida com uma empresa e de convênio quando a relação é firmada com uma entidade filantrópica (Santos, 2015), optamos por analisar as condições de oferta de ações e serviços de saúde executados pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos.

Para participar de forma complementar do SUS, isto é, garantir a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde públicos, a entidade filantrópica ou sem fins lucrativos necessariamente precisa ter uma unidade própria em que desenvolverá as ações e serviços de saúde requeridos (Santos, 2015).

Caso as ações e serviços de saúde sejam desenvolvidas em unidade do ente público por meio de qualquer instrumento possível⁷, não se configura a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde, mas apenas e tão somente a execução através de terceiros prevista no art. 197 da CF.

Aceita a necessidade da execução das ações e serviços de saúde em unidade própria da entidade filantrópica ou sem fins lucrativos para caracterizar sua participação complementar no SUS, passemos à análise das condições da oferta dessas ações e serviços de saúde.

3.2.1 Entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos não dependentes do fundo público de saúde

As entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que executam ações e serviços de saúde custeadas por suas receitas próprias, inclusive, se houver, a recebida pela prestação de serviços de saúde, não precisam acessar o fundo público de saúde para executá-los.

Ainda que não precisem acessar o fundo público de saúde para executar ações e serviços de saúde, atendidos os requisitos estabelecidos nos arts. 3º, 5º, 6º e 12 da Lei Complementar nº 187/21 (BRASIL, 2021b) e a depender da combinação entre os valores da isenção, da receita efetivamente recebida pela prestação de serviços de saúde ou qualquer outra válida e do superávit decorrente da venda de serviços de saúde a custos menores, conforme apontado na seção anterior, as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos podem decidir executar ações e serviços de saúde gratuitos custeados por suas receitas próprias para conseguirem a certificação de entidade beneficente e usufruir da isenção das contribuições sociais estabelecidas nos incisos I, III e IV do *caput* do art. 195 e do art. 239 da CF.

⁷ O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o RE 684.612, em que se discute determinação para a realização de concurso público de provas e títulos para o provimento de cargos de médico e funcionários técnico em hospital específico, ao tratar do déficit de profissionais nos serviços de saúde indica que o mesmo “pode ser suprido por concurso público” ou “pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

Ainda que não precisem acessar o fundo público de saúde para executar ações e serviços de saúde, as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos podem decidir executar ações e serviços de saúde gratuitos custeados por suas receitas próprias para conseguirem a certificação de entidade beneficente e usufruir da isenção das contribuições sociais estabelecidas nos incisos I, III e IV do *caput* do art. 195 e do art. 239 da CF.

Para tanto deverão atender aos requisitos estabelecidos nos arts. 3º, 5º, 6º e 12 da Lei Complementar nº 187/21 (BRASIL, 2021b). Tal decisão depende, também, da combinação entre os valores da isenção, da receita efetivamente recebida pela prestação de serviços de saúde ou qualquer outra válida e do superávit decorrente da venda de serviços de saúde a custos menores. Conforme apontado na seção anterior, a combinação desses fatores não é trivial.

As entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos certificadas como entidades beneficentes que prestam serviços de saúde gratuitos por meios próprios já atendem parcela da população usuária do SUS em virtude da exigência da universalidade do atendimento estabelecida no art. 5º da Lei Complementar nº 187/2021 (BRASIL, 2021b).

As ações e serviços de saúde prestados pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos são sustentados por receitas recebidas pela prestação de serviços de saúde e por receitas de outras fontes que podem se reduzir caso ocorra a formalização de convênio para participação complementar no SUS e o redirecionamento de sua capacidade de atendimento a usuários do SUS além dos serviços de saúde gratuitos já prestados.

Argumento semelhante pode ser utilizado caso as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos optem por não buscar a certificação de entidade beneficente, prestando ou não serviços gratuitos de saúde.

Há uma última possibilidade relacionada às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que executam ações e serviços de saúde custeados por suas receitas próprias que necessita ser analisada: as entidades possuem capacidade para a execução de ações e serviços de saúde não utilizada.

Tendo capacidade ociosa, as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos podem oferecer serviços ao gestor local do SUS.

A participação complementar no SUS tem que gerar às entidades, sob pena de comprometer sua situação econômica e financeira no médio ou longo prazo,

receita equivalente ou superior aos custos e despesas incorridos.

Pose ser considerada na receita a eventual redução na aplicação de receita própria na prestação de serviços de saúde gratuitos caso as entidades tenham a certificação de entidade beneficente.

Nestas condições, a oferta de serviços ao gestor local do SUS é residual, e acreditamos que não se caracteriza “interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde”.

Os serviços serão ofertados em função da receita que podem gerar, isto é, do preço a ser pago pelo gestor local do SUS, caracterizando uma relação de natureza contratual.

3.2.2 Entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos dependentes do fundo público de saúde

Há entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que não possuem receitas próprias, seja pela prestação de serviços de saúde seja de outras fontes, que possam custear as ações e serviços de saúde que têm capacidade instalada para executar, necessitando acessar o fundo público de saúde para executá-los caso queiram utilizar toda sua capacidade instalada.

Essas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos podem acessar o fundo público de saúde para executar ações e serviços de saúde caso o gestor local do SUS necessite complementar a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios e não tenha possibilidade de ampliá-los por meios próprios para garantir a cobertura assistencial à população.

A participação complementar dessas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos no SUS se dará mediante a formalização de contrato quando se tratar da compra de serviços de saúde ou de convênio “quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde”.

Art. 130. Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada. (Origem: PRTMS/GM 2567/2016, Art. 3º)
[...]

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art.3º, § 3º)

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, §3º, I)

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 3º, II)
[...] (BRASIL, 2017a)

A questão que se coloca é qual o interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistências à saúde que pode haver entre o gestor local do SUS que necessita complementar a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios e não tenha possibilidade de ampliá-los por meios próprios para garantir a cobertura assistencial à população e entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que não possuem receitas próprias que possam custear as ações e serviços de saúde que têm capacidade instalada para executar e desejam utilizá-la?

Se as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que não possuem receitas próprias que possam custear as ações e serviços de saúde que têm capacidade instalada para executar somente acessam o fundo público de saúde caso o gestor local do SUS necessite complementar a oferta de ações e serviços de saúde públicos e não tenha possibilidade de ampliá-los por meios próprios estamos diante da “compra de serviços de saúde” e não de um “interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde”.

De um lado temos entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que têm capacidade instalada e não têm recursos para operá-la; de outro, temos um gestor local do SUS que não tem a sua disposição capacidade instalada própria, mas tem recursos para mobilizar capacidade instalada de terceiros para ampliar a oferta de ações e serviços de saúde para a população.

Conforme já ressaltado na subseção anterior, a participação complementar no SUS tem que gerar às entidades, sob pena de comprometer sua situação econômica e financeira no médio ou longo prazo, receita equivalente ou superior aos custos e despesas incorridos.

As ações e serviços de saúde prestados de forma complementar ao SUS pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos ocuparão a capacidade instalada

das entidades, o que dificultará a prestação de serviços gratuitos de saúde sustentados por receita própria, ainda que o ajuste formalizado com o gestor local do SUS seja superavitário.

Neste caso, também, os serviços serão ofertados em função da receita que podem gerar, isto é, do preço a ser pago pelo gestor local do SUS, caracterizando uma relação de natureza contratual.

Neste contexto, o SUS se torna o terceiro pagador que adquire ações e serviços de saúde das entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos.

Firmado o ajuste com o SUS, as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos conseguirão a certificação de entidade beneficente e usufruirão da isenção das contribuições sociais estabelecidas nos incisos I, III e IV do *caput* do art. 195 e do art. 239 da CF se atendidos os requisitos estabelecidos nos arts. 3º, 5º, 6º e 9º da Lei Complementar nº 187/21 (BRASIL, 2021b).

3.3 As possibilidades das instituições privadas que prestam serviços de saúde participarem do Sistema Único de Saúde

Nesta seção, retomaremos a análise das possibilidades das instituições privadas que prestam serviços de saúde participarem do SUS a partir das determinações constitucionais do sistema público de saúde.

As ações e serviços públicos de saúde, que devem ser executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros e, complementarmente, mediante a celebração de contrato de direito público ou convênio, por instituições privadas, integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

Essa proposição reflete a sistematização das disposições do art. 197, do *caput* do art. 198 e do §1º do art. 199 da CF e explicita as possibilidades para a execução das ações e serviços públicos de saúde que integram o SUS.

Reflete, também, a ausência de previsão constitucional de qualquer diferenciação entre as ações e serviços de saúde executados diretamente pela administração pública ou por terceiros, e por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A proposição estabelecida aponta duas possibilidades das instituições privadas participarem do SUS: a execução indireta por terceiros de ações e serviços

públicos de saúde e a participação complementar das instituições privadas no SUS.

Importa destacar que a execução indireta por terceiros de ações e serviços públicos de saúde não se confunde com a participação complementar das instituições privadas no SUS.

Se assim não fosse, não haveria a necessidade do texto constitucional estabelecer no seu art. 197 que as ações e os serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros e no §1º do seu art. 199 possibilitar que as instituições privadas participem de forma complementar do SUS executando ações e serviços públicos de saúde.

Há, portanto, duas possibilidades das instituições privadas participarem do SUS: por meio da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e por meio da execução de ações e serviços públicos de saúde em complementação à sua execução direta pela administração pública ou indireta por terceiros.

Santos (2015, p. 822) entende que a execução por terceiros de ações e serviços de saúde e a participação complementar das instituições privadas no SUS são a mesma figura.

O Art. 197 da CF dispõe sobre os serviços públicos e privados (BRASIL, 1988). Por isso, determina que os mesmos podem ser executados 'diretamente' pelo poder público ou 'através de terceiros'; e por pessoas físicas (médicos, terapeutas, dentistas) ou jurídicas (hospitais, laboratórios, clínicas) de direito privado.

A relação jurídica deve se estabelecer pelo contrato de prestação de serviços complementares de saúde, independentemente de a entidade ser com ou sem fins lucrativos.

Nesse momento, para o desenvolvimento de nossa análise, importa destacar os conceitos de "ações e serviços de saúde" e "estabelecimentos de saúde".

As ações e serviços de saúde, segundo o art. 196 da CF, têm por objeto a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O art. 3º da Lei Complementar nº 141/2012 (BRASIL, 2012), que regulamenta o §3º do art. 198 da CF, estabelece uma relação das atividades que são consideradas ações e serviços públicos de saúde voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos em saúde, cujo campo de atuação vai além atividade assistencial.

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei

Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIII – custeio e investimento em hospitais universitários federais, inclusive por meio de entidade pública responsável por sua administração, desde que as despesas sejam aprovadas pelo Ministério da Saúde e estejam de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 209, de 2024)

O estabelecimento de saúde, de acordo com o inciso II do artigo 360 da Portaria de Consolidação nº 1/2017 (BRASIL, 2017a), é o “espaço físico delimitado e permanente onde são realizadas ações e serviços de saúde humana sob responsabilidade técnica”.

Decorre daí que a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde se verifica quando uma instituição privada é responsável pela execução de ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Para Mânica (2010, p. 208-209),

No caso da saúde, há qualificação constitucional do serviço como público, sendo que a regulamentação do setor encontra-se, em grande parte, plasmada na própria Constituição e na Lei nº 8.080/90. Assim sendo, ao prever o texto constitucional que a execução dos serviços de saúde ocorrerá diretamente ou *por meio de terceiros*, a própria Constituição estabeleceu (o que a lei, em outros casos, poderia fazer) a possibilidade de contratação de

determinados serviços de saúde a serem prestados no interior de unidades públicas de saúde.

Por sua vez, a participação complementar das instituições privadas no SUS ocorre quando uma instituição privada executa ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde que não faz parte da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Sobre a participação complementar, no mesmo sentido, o entendimento de Santos (2015, p. 819-820):

[...] a rede pública poderá ser complementada pelos serviços privados, que passarão a integrá-la nos limites de sua insuficiência, com preferência na contratação dos serviços das entidades sem finalidades lucrativas. Isso significa dizer que a instituição privada irá prestar os seus serviços nas suas próprias instalações, observadas as diretrizes do SUS.

Necessário ressaltar que a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, trata apenas da participação complementar das instituições privadas no SUS, não fazendo qualquer menção à possibilidade das mesmas participarem do sistema público de saúde por meio da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

Dois dispositivos da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) que tratam da execução de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS – arts. 4º e 8º – contrariam disposição expressa do art. 197 da CF ao excluírem a possibilidade da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

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

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

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

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Ainda que não tratem da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, os dispositivos da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) não têm o condão de impossibilitá-la, haja vista sua previsão constitucional.

A Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) ao tratar da participação complementar das instituições privadas no SUS introduz uma inovação.

O art. 24 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) impõe uma condição que o gestor deve observar para recorrer às ações e serviços de saúde ofertados pelas instituições privadas: disponibilidade na rede própria de saúde de ações e serviços públicos de saúde insuficiente para garantir a cobertura assistencial da população.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Nos parece que essa condição, apesar de não constar expressamente do §1º do art. 199 da CF, é subjacente à possibilidade das instituições privadas participarem de forma complementar do SUS na medida em que a busca por ações e serviços de saúde complementares sem que haja demanda não atendida pode caracterizar o descumprimento do princípio da eficiência estabelecido no *caput* do art. 37 da CF.

Para Santos (2015, p. 819),

O fundamento principal da complementaridade está na ‘insuficiência’ dos serviços públicos para a garantia da assistência à saúde ao cidadão de uma determinada área e, como consequência, na existência desses serviços no setor privado.

Cabe aqui ressalva acerca da caracterização da “disponibilidade insuficiente”. Essa caracterização deve se dar a partir de parâmetros epidemiológicos da população de um determinado território e não tendo por base a demanda efetiva por uma determinada ação ou serviço de saúde em um período anterior qualquer. A utilização de parâmetros epidemiológicos impede que a oferta de ações e serviços públicos de saúde pela rede própria ou por instituições privadas sofra grande variação

relativamente à demanda potencial da população no território considerado⁸.

No mesmo sentido do entendimento aqui exposto acerca do estabelecimento da oferta de ações e serviços públicos de saúde a partir de parâmetros epidemiológicos, na apresentação dos Critérios e Parâmetros para o Planejamento e Programação de Ações e Serviços de Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde⁹ (BRASIL, 2015b, p. 4) o então Ministro da Saúde, Artur Chioro, afirmou:

Buscou-se definir aproximações às necessidades de saúde da população pensadas independente de restrições financeiras, séries históricas da oferta de serviços ou outros condicionantes. Rompe-se, assim, com a lógica restritiva e de controle que permeou a elaboração dos parâmetros de programação no país, desde a Portaria MPAS N° 3046, de 20 de julho de 1982, que teve grande influência nos primórdios do SUS, até a Portaria GM n° 1101, de 12 de junho de 2002.

[...]

As necessidades de saúde devem ser o grande balizador para a reorganização dos modelos de atenção e dos sistemas municipais e regionais de saúde e sua estimativa deve desafiar permanentemente os gestores, conselhos e trabalhadores da saúde, entidades representativas dos profissionais e dos doentes, e a sociedade civil em geral, na construção de progressivos consensos sobre a organização do sistema de saúde e dos serviços que ele deve prover.

Mânica (2010, p. 171), ao tratar da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) e da insuficiência da cobertura assistencial, registra que “[...] importante inovação, não constante do texto constitucional, é encontrada em seu artigo 24, que define ser a participação privada vinculada aos casos em que houver *insuficiência para a prestação de serviços por órgãos e entidade públicos*”, e aponta a

[...] dificuldade de se definir as hipóteses em que se afigura presente a insuficiência da prestação estatal direta dos serviços de saúde (e a consequente possibilidade de prestação privada). Inicialmente é possível argumentar que, se os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo Estado diretamente ou por terceiros – tal qual prevê o artigo 197 da Constituição Federal e o próprio parágrafo 1º do artigo 199 – as disponibilidades apenas serão suficientes se a própria oferta de serviços públicos de saúde direta ou indiretamente (pelo setor privado) assim o forem. (p. 173)

⁸ Arrow (1963) apontou as características especiais do mercado de assistência médica cuja característica principal é a incerteza: demanda por bens e serviços de saúde irregular e imprevisível, comportamento esperado dos médicos, incerteza quanto à qualidade e a necessidade dos bens e serviços de saúde, barreiras à entrada no mercado que condicionam a oferta de bens e serviços de saúde e condições particulares de estabelecimento de preços.

⁹Os critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS foram aprovados pela Portaria nº 1.631/2015 (BRASIL, 2015a).

Tendo em vista a diferenciação que fizemos entre a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde por uma instituição privada e a participação complementar das instituições privadas no SUS previstas, respectivamente, no art. 197 e no §1º do art. 199 da CF, entendemos que o apontamento de Mânica pode ser superado.

Uma determinada ação ou serviço de saúde prestado diretamente pela administração ou indiretamente por uma instituição privada em um ou mais estabelecimentos de saúde da rede própria pode ser insuficiente para atender a demanda da população de um território estabelecida a partir de parâmetros epidemiológicos.

Nessa hipótese, segundo o artigo 24 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), o gestor do SUS recorrerá a uma ou mais instituições privadas para a execução, em seus estabelecimentos, de forma complementar da ação ou serviço de saúde necessário para o atendimento da demanda da população do território estabelecida a partir de parâmetros epidemiológicos.

Por sua vez, a regulamentação infralegal da participação complementar da iniciativa privada no SUS vai muito além das disposições constitucionais e legais.

A Portaria nº 2.567/2016 (BRASIL, 2016a) ao regular a participação complementar das instituições privadas no SUS impõe ao gestor o cumprimento condição restritiva não prevista no dispositivo constitucional que trata do tema ou na Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a).

Art. 3º. Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada. (BRASIL, 2016a)

A condição restritiva estabelecida no *caput* do art. 3º da Portaria nº 2.567/2016 (BRASIL, 2016a) que o gestor deve atender para recorrer às ações e serviços de saúde ofertados pelas instituições privadas é a comprovação da impossibilidade de ampliação da rede própria para garantir a cobertura assistencial à população.

A “impossibilidade de ampliação da rede própria” é um conceito aberto. A qual impossibilidade a portaria se refere: à impossibilidade temporal – o tempo requerido para a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde na rede própria

não permite a cobertura assistencial da população preconizada nos regulamentos do SUS; à impossibilidade decorrente da indisponibilidade de equipe técnica – no território não há equipe técnica que possa ser contratada para garantir a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde na rede própria; à impossibilidade financeira – os recursos financeiros necessários para a ampliação da oferta de ações e serviços de saúde na rede própria são superiores aos disponíveis. O rol de “impossibilidades” específicas é amplo e nos parece que pode ser razoavelmente reduzido às três destacadas.

À dificuldade associada ao conceito aberto “impossibilidade de ampliação da rede própria” se junta uma segunda: quem atesta que a “comprovação da impossibilidade” é válida?

Devemos lembrar que, segundo o *caput* do art. 198 da CF, a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, é diretriz organizativa do SUS e que cada ente da federação tem, nos limites estabelecidos na Constituição Federal, autonomia para gerir suas disponibilidades financeiras, quadro de pessoal e organizar os serviços prestados.

Segundo Carvalho e Santos (1995, p. 91-92),

A direção única em cada esfera de governo significa que o Sistema Único de Saúde – embora *conceitualmente uno*, porque informado pelos mesmos princípios e diretrizes na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios – *deve ser operado*, em cada uma dessas esferas de governo, segundo os *interesses e peculiaridades* de cada uma das entidades estatais, e nos termos da respectiva *autonomia política e administrativa* e da *competência* que a cada uma é atribuída pela Constituição da República, Lei Orgânica da Saúde e legislação suplementar federal, estadual distrital ou municipal, conforme o caso.

Direção única é uma consequência da *autonomia política* e da *competência legal*, exercida em conformidade com aqueles *princípios e diretrizes informadores do sistema*.

Assim, cada uma das esferas de governo – desde que respeitada a competência atribuída por lei para realizar os objetivos do Sistema Único de Saúde – é autônoma, nos limites do seu território, para praticar todos os atos referentes à organização e à execução dos serviços de saúde.

Essa autonomia institucional se expressa, na prática, de dois modos:

1. *liberdade* para estruturar e pôr em funcionamento o seu sistema, sem subordinação a outra esfera do Sistema Único de Saúde, o que significa, por exemplo, que um ato próprio do Município prescinde da co-participação ou da interveniência da União ou do Estado para aperfeiçoar-se juridicamente;
 2. *responsabilidade total* pela execução das ações e dos serviços de sua competência, nos limites do seu território, o que significa, p. ex., que a União ou o Estado não podem executar um serviço que o Município já vem executando ou tem condições de executar;
 3. *obrigatoriedade* de observar os princípios, as diretrizes e as bases do SUS.
- [...]

A direção única também significa que em nenhuma das três esferas gestoras do sistema de saúde poderá haver mais de um órgão, setor, ou ente jurídico responsável institucionalmente pelo Sistema Único de Saúde. Ele é dirigido, na esfera federal (que na maioria das vezes tem atuação nacional), pelo Ministério da Saúde; na estadual, pela Secretaria de Estado da Saúde; e na municipal pela Secretaria Municipal de Saúde ou órgão equivalente. Se houver, na mesma esfera de governo, autarquias, fundações ou outros órgãos executando ações e serviços de saúde, todos estarão vinculados à direção do SUS.

Isto posto, acreditamos que essa condição restritiva – a “comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território” – fundada em um conceito aberto, de difícil “comprovação”, que não está prevista no dispositivo constitucional que trata do tema ou na Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), traz em seu bojo a concepção de que a participação das instituições privadas de forma complementar no SUS deve ser residual.

Neste sentido, Weichert (2000, p. 207-208),

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público.

O Manual de Orientações para a Contratação de Serviços de Saúde (Brasil, 2016b, p. 13) adota a mesma orientação.

Para o atendimento da demanda deverá o gestor implementar medidas de ampliação do próprio público. Restando demanda, a complementação inicialmente deverá ser feita por entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, observando a preferência destas. Se ainda persistir demanda o gestor promoverá a contratação de empresas junto a iniciativa privada, com a celebração de contratos administrativos decorrentes de licitação.

Sobre a impossibilidade de ampliação da rede própria para garantir a cobertura assistencial à população como condição para a participação complementar das instituições privadas no SUS, Mânica (2010, p. 176) afirma que:

De outro lado, e mais grave, é a determinação de que a participação privada nos serviços públicos de saúde apenas deve ocorrer caso haja impossibilidade de ampliação da prestação dos serviços diretamente pelo Estado. Tal limitação revela evidente caráter estatizante, o qual se apresenta, como já assinalado, absolutamente incompatível com a opção oferecida pela

Constituição Federal e pelas próprias Constituições estaduais para que cada ente federativo determine o modelo mais eficiente de concretização do direito à saúde.

Entendemos que a condição restritiva imposta pela Portaria nº 2.567/2016 (BRASIL, 2016a) – a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território – ao inovar em relação as disposições do §1º do art. 199 da CF e do art. 24 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) extrapola a competência atribuída à direção nacional do SUS pelo inciso XIV do art. 16 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) para “elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde” e impõe o particular entendimento do caráter residual da participação das instituições privadas de forma complementar no SUS.

3.4 A publicização na área da saúde

Mânica (2010, p.16), chama a atenção para a legislação que veio a lume após a promulgação da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) e que estabelece novas formas de ajustes para regular a participação do setor privado na prestação de serviços públicos de saúde.

Em solo pátrio surgiram inovações legislativas que objetivaram ampliar os modelos de participação privada no setor de saúde, por meio de vínculos com entidades sem fins lucrativos. Dentre elas, podem-se citar a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, conhecida como Lei das Organizações Sociais (OSs) e a Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Mais recentemente, foi editada a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs), a qual também prevê a possibilidade de concessão à iniciativa privada, neste caso com fins lucrativos, da prestação de serviços de saúde. Assim, criaram-se novos modelos de ajuste com o Poder Público que preveem a participação privada nas atividades de assistência à saúde — além dos *contratos de direito público e convênios*, mencionados expressamente no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal como vínculos aptos a disciplinar a participação do setor privado em tais serviços.

As inovações legislativas destacadas por Mânica (2010) surgem no rastro do movimento de reforma da administração pública no Brasil, cujo principal documento é o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995).

Nosso objetivo aqui não é discutir o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995), assunto que não faz parte do escopo deste

trabalho, mas apresentar possíveis incompatibilidades entre a estratégia da reforma adotada no Plano e as determinações constitucionais do SUS e sua regulamentação.

Falando ao Senado sobre a reforma da Administração Pública, Bresser-Pereira (1997, p. 23-25) apresenta seus dois objetivos – ajuste fiscal e mudança institucional – e o núcleo da estratégia da reforma – a relação entre os setores do Estado e os tipos de propriedade e de administração pública mais adequados a eles.

Esta reforma terá como objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos Estados e Municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos.

[...]

A proposta de reforma do aparelho do Estado considera a existência de quatro setores dentro do Estado: (1) o núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusivas de Estado, (3) os serviços não-exclusivos ou competitivos e, (4) a produção de bens e serviços para o mercado.

No núcleo estratégico são definidas as leis e políticas públicas. É um setor relativamente pequeno, formado no Brasil, em nível federal, pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado e a cúpula dos ministérios, responsáveis pela definição das políticas públicas, pelos tribunais federais encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Ministério Público. A nível estadual e municipal existem correspondentes núcleos estratégicos.

As atividades exclusivas de Estado são aquelas em que o “poder de Estado”, ou seja, o poder de legislar e tributar, é exercido. Inclui a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação e os órgãos responsáveis pelas transferências de recursos, como o Sistema Unificado de Saúde, o sistema de auxílio-desemprego, etc.

Os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado são aqueles que, embora não envolvendo poder de Estado, o Estado realiza e/ou subsidia porque os considera de alta relevância para os direitos humanos, ou porque envolvem economias externas, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado, através da cobrança dos serviços.

Finalmente, a produção de bens e serviços para o mercado é realizada pelo Estado, através das empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos.

A Figura 1 retrata o núcleo da estratégia da reforma gerencial da administração pública brasileira.

Vimos anteriormente que as ações e serviços de saúde são serviços públicos não privativos do Estado, declarados de relevância pública pela Constituição Federal, não fazendo a mesma qualquer diferença entre as ações e serviços de saúde executados pela Administração Pública ou pelo setor privado (GRAU, 2008; SANTOS, 2015).

A categoria “serviço não-exclusivo de Estado” é bastante próxima, para não dizer equivalente, do entendimento sobre as ações e serviços de saúde acima exposto.

Figura 1 - Setores do Estado, Formas de Propriedade e de Administração

	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO	
	Estatal	Pública Não-Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial
NÚCLEO ESTRATÉGICO Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios	●				●
ATIVIDADES EXCLUSIVAS Polícia, Regulamentação Fiscalização, Fomento, Seguridade Social Básica	●				●
SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Publicização →	●			●
PRODUÇÃO PARA O MERCADO Empresas Estatais	Privatização →		●		●

Fonte: Bresser-Pereira (1997, p.25).

Ao se referir aos serviços não-exclusivos de Estado e a forma de propriedade pública não-estatal a eles associada, Bresser-Pereira (1997, p. 29) apresenta a seguinte formulação:

No setor dos serviços não-exclusivos de Estado, a propriedade deverá ser em princípio pública não-estatal. Não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder de Estado. E não deve ser privada, porque pressupõe transferências do Estado. Deve ser pública para justificar os subsídios recebidos do Estado. O fato de ser pública não-estatal, por sua vez, implicará na necessidade da atividade ser controlada de forma mista, pelo mercado e pelo Estado. O controle do Estado, entretanto, será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos na sociedade. E o controle do mercado se materializará na cobrança dos serviços. Desta forma, a sociedade estará permanentemente atestando a validade dos serviços prestados, ao mesmo tempo que se estabelecerá um sistema de parceria ou de gestão entre o Estado e a sociedade civil.

Neste momento vamos nos ater à avaliação da determinação da propriedade não ser estatal, não ser privada e ser pública no caso da prestação de ações e serviços públicos de saúde.

Segundo a argumentação de Bresser-Pereira (1997) quando trata dos serviços não-exclusivos de Estado, a propriedade “não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder de Estado”.

No caso das ações e serviços de saúde não há uma determinação da propriedade ser estatal: as ações e serviços de saúde possuem relevância pública, devendo ser executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros e por

pessoa física ou jurídica de direito privado.

As disposições do art. 197 da CF acima retratadas em parte afastam, também, as determinações da propriedade não “ser privada, porque pressupõe transferências do Estado” e “ser pública para justificar os subsídios recebidos do Estado”, na medida em que admitem a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde por instituições privadas.

No mesmo sentido do afastamento das duas determinações, o conteúdo do §1º do art. 199 da CF que permite que as instituições privadas que atendam às diretrizes do SUS, tendo preferências as instituições filantrópicas e as sem fins lucrativos, dele participem de forma complementar.

O modelo de controle duplo – pelo Estado e pelo mercado – proposto, ainda que se vincule à adoção da propriedade pública não-estatal que, como apontamos, é questão superada pelas determinações constitucionais do SUS, parece parcialmente atendido no que respeita ao controle do Estado e o complementar controle social. Segundo o art. 197 da CF, cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e serviços de saúde e, de acordo com o inciso III do art. 198 da CF, a participação popular é uma das diretrizes organizativas do SUS.

No entanto, cabe uma reflexão acerca do controle pelo mercado que “se materializará na cobrança dos serviços”.

A saúde é direito social fundamental que impõe dever prestacional ao Estado (HÄBERLE, 2019) com o objetivo de garantir a universalidade de acesso aos serviços de saúde, a integralidade da assistência e a equidade na distribuição de recursos.

A gratuidade dos serviços de saúde no âmbito do SUS não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas é farta a jurisprudência estabelecida neste sentido, com destaque para Supremo Tribunal Federal (STF).

A gratuidade é citada expressamente em dois dispositivos legais:

a) no art. 43 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a):

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

b) e no inciso I do art. 2º da Lei Complementar nº 141/2012 (BRASIL,

2012):

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:
I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;
[...]

Neste sentido, inaplicável às ações e serviços públicos de saúde o controle pelo mercado via a cobrança dos serviços.

Outras dificuldades de ajuste entre a proposta formulada por Bresser-Pereira (1997) e as determinações constitucionais do SUS podem ser apontadas, mas como dissemos anteriormente, não é escopo deste trabalho discutir o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995).

Nos parece que a melhor adequação da categoria “serviço não-exclusivo de Estado”, conforme a exposição de Bresser-Pereira, às determinações constitucionais do SUS é tratar as entidades privadas qualificadas como “organizações sociais” como terceiros que executarão indiretamente ações e serviços públicos de saúde. As organizações sociais, segundo esse entendimento, executarão ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas, mediante um ajuste específico: o contrato de gestão.

3.5 A questão do fomento

O tratamento dado às “Organizações Sociais” na subseção anterior impõe que discutamos a questão do fomento relativamente às determinações constitucionais do SUS.

A Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998), que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, estipula quais instituições podem ser qualificadas como “organizações sociais”, estabelece o que entende por “contrato de gestão” e define formas de fomento às atividades sociais:

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

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

De acordo com os artigos 1º e 5º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998), uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cuja atividade é dirigida à saúde e atenda aos requisitos previstos na lei pode ser qualificada como “organização social”.

Uma vez qualificada como organização social, a entidade pode firmar contrato de gestão com o Poder Público cujo objetivo é o estabelecimento de parceria entre ambos para fomento e execução de atividades relacionadas à saúde.

Vamos nos ater aos elementos que conformam o objetivo do contrato de gestão: o estabelecimento de parceria, o fomento e a execução de atividades relacionadas à saúde.

Di Pietro (2012, p. 24), ao tratar de parcerias na administração pública entende a parceria de maneira ampla, com possibilidade de objetivos diversos e formalização por diferentes instrumentos jurídicos.

Nest livro, o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular se objetive lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.

Segundo a autora, um dos objetivos da parceria entre os setores público e privado é o fomento à iniciativa privada para superar suas deficiências na execução de atividades de interesse público. Outros objetivos seriam a redução do tamanho do aparelho do Estado e o aumento da eficiência da administração pública (DI PIETRO,

2012).

O fomento à iniciativa privada se dá por meio do estabelecimento de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria.

Se, nos termos propostos por Di Pietro (2012), o estabelecimento de parceria para o fomento à iniciativa privada para a execução de atividades de interesse público não causa estranheza, quando a atividade de interesse público é a execução de ações e serviços de saúde algumas observações são necessárias.

Vimos que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, não havendo diferenciação entre os executados pela administração pública e por instituições privadas; que as ações e serviços públicos de saúde devem ser executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros; que a saúde é livre à iniciativa privada e que as instituições privadas podem participar de forma complementar do SUS.

Não há dúvidas de que a execução de ações e serviços de saúde por instituições privadas é uma atividade de interesse público. De fato, são, segundo a Constituição Federal, de relevância pública.

A participação dessas entidades no SUS se dá por necessidade do próprio sistema público de saúde.

A participação ocorre mediante a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde, isto é, quando uma instituição privada é responsável pela execução de ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Ocorre, também, por meio da participação complementar das instituições privadas no SUS, ou seja, quando uma instituição privada executa ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde que não faz parte da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Em nenhuma das duas hipóteses há fomento à iniciativa privada para superar suas deficiências na execução de atividades de interesse público.

E o que ocorre quando o Poder Público destina às organizações sociais recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão na área da saúde?

Tomemos como exemplo um estabelecimento de saúde construído e

equipado pelo Poder Público que será objeto de contrato de gestão firmado com uma entidade qualificada como organização social.

O contrato de gestão discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social e conterá cláusula que estipulará a permissão de uso à segunda do edifício e dos equipamentos do estabelecimento de saúde objeto do contrato de gestão.

Entre as obrigações do Poder Público está a destinação de recursos orçamentários necessários ao cumprimento do contrato de gestão; entre as da organização social, as metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução e o atendimento às diretrizes do SUS.

Não há nessa relação deficiências da iniciativa privada a superar para a execução de atividade de interesse público conforme proposto por Di Pietro (2012).

Findo o contrato de gestão, os bens utilizados pela organização social mediante permissão de uso retornam à posse do Poder Público e encerra-se a destinação de recursos orçamentários à organização social.

Não há atividade privada de interesse social desenvolvida pela organização social. A atividade da organização social decorre necessariamente do contrato de gestão.

Segundo Di Pietro (2012) a organização social que firmar contrato de gestão na área de saúde, por estar sujeita às normas constitucionais e legais aplicáveis à área, não desenvolve atividade privada, presta serviço público.

Para Grau (2008), na prestação de serviço de saúde, independentemente de quem o executa, sempre haverá serviço público.

O atendimento às diretrizes do SUS é condição necessária para as instituições privadas dele participarem na execução indireta ou complementar de ações e serviços de saúde.

O que há durante a execução do contrato de gestão é a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde: os recursos necessários ao seu cumprimento tem origem no orçamento público; o edifício e os equipamentos do estabelecimento de saúde objeto do contrato de gestão são propriedade do Poder Público, integrando a rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Não há, portanto, que se falar em fomento.

Análise semelhante pode ser feita em relação aos convênios.

Conforme apontamos na segunda seção, a oferta de ações e serviços de saúde ao SUS pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, ainda que mediada por convênio, depende do preço a ser pago por eles, o que caracteriza uma relação de prestação de serviços.

Tal qual no contrato de gestão, não há deficiências da iniciativa privada a superar; findo o convênio os serviços de saúde deixam de ser prestados e o Poder Público encerra os pagamentos à entidade privada conveniada.

Por meio da formalização de convênio, a entidade privada conveniada participa de forma complementar do SUS, executando ações e serviços de saúde necessários ao atendimento da população de um determinado território que o Poder Público não consegue ofertar a partir rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ele mantidas.

Não há, também no caso da formalização de convênio, que se falar em fomento.

3.6 A natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços públicos de saúde

Qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que prestam serviços de saúde?

Na primeira seção vimos que as portarias emitidas pelo Ministério da Saúde para regulamentar a participação complementar da iniciativa privada no SUS introduziram inovações não previstas na lei, extrapolando seu poder de regulamentação.

Estabeleceram que cabe a utilização de convênio para a formalização de ajuste com entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos quando houver interesse comum em firmar parceria para prestação de serviços de saúde à população e a utilização de contrato administrativo para a formalização de ajuste com qualquer instituição privada quando se tratar da compra de serviços de saúde.

No entanto, não esclarecem a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam de forma complementar.

Na segunda seção analisamos as condições de oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos mediante a formalização de convênio.

Verificamos que, tanto no caso das que não dependem do fundo público de saúde para executar suas ações e serviços de saúde quanto no caso das que dependem, a oferta de serviços ao gestor local do SUS depende o preço a ser pago por ele, caracterizando uma relação contratual.

Essa relação é dissonante do instrumento imposto pelas portarias do Ministério da Saúde para formalizá-la – o convênio.

Na terceira seção, a partir da análise das determinações constitucionais do SUS, vimos que há duas possibilidades das instituições privadas dele participarem:

- a) por meio da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde: quando a instituição privada é responsável pela execução de ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas;
- b) por meio da execução de ações e serviços públicos de saúde em complementação à sua execução direta pela administração pública ou indireta por terceiros: quando uma instituição privada executa ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde que não faz parte da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Na quarta seção, tratamos da publicização na área da saúde e concluímos que as entidades privadas qualificadas como “organizações sociais” são terceiros que executarão indiretamente ações e serviços públicos de saúde mediante um ajuste específico: o contrato de gestão.

Se por um lado, essa nova forma de ajuste amplia o leque de possibilidades à disposição da administração pública para estabelecer a relação com instituições privadas que participam do SUS, por outro, pouco ou nada contribui para o entendimento da natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam.

A partir dos resultados da segunda e da quarta seções, na quinta seção apresentamos o entendimento que não há fomento por parte do Poder Público às entidades qualificadas como “organização social” quando formalizados contratos de gestão ou às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos quando firmados convênios.

Chegamos a esta seção sem uma resposta à questão que a inicia.

Se fizermos a pergunta com a qual iniciamos esta seção aos gestores do SUS de cada um dos entes federativos, acreditamos que parcela significativa responderá que utilizam o contrato quando a relação é estabelecida com uma empresa e o convênio, quando se tratar de entidade filantrópica.

Esta resposta carrega em seu bojo as dificuldades de um fazer cotidiano marcado por restrições técnicas e materiais que não permite à maioria dos gestores locais do SUS maiores digressões sobre os instrumentos disponíveis para a operacionalização do sistema ou a natureza da relação que estabelecem com as instituições privadas.

Reflete a posição adotada pelo Ministério da Saúde no Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde (BRASIL, 2016, p. 16-17):

1. Convênio:

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

[...]

2. Contrato Administrativo:

“É todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades de Administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” (Lei nº 8.666/93, artigo 2º, parágrafo único) (grifos do autor)

Reflete, também, de maneira vulgar, posição majoritária da doutrina que diferencia os dois instrumentos a partir da ocorrência ou não de oposição de interesses. Nos contratos há interesses opostos e contraditórios e nos convênios os interesses são comuns (DI PRIETO, 2009, p. 336; MEDAUAR, 2009, p. 235; MEIRELLES, 2009, p. 411; NOHARA, 2020, p. 498-499; CARVALHO FILHO, 2023, p. 185).

Neste sentido, os contratos administrativos opõem interesses da Administração Pública e das entidades contratadas, os convênios congregam objetivos comuns entre a Administração Pública e as entidades conveniadas.

Mânica (2010, p. 216) critica a posição majoritária da doutrina acerca da diferenciação entre contrato e convênio com fundamento na ocorrência ou não de

oposição de interesses.

A natureza contratual dos convênios pode ser comprovada por meio da análise da *teoria dos contratos*, tal qual sua construção originária no direito privado, sua transposição para o direito público e sua atual alocação como categoria da teoria geral do direito.

A dicotomia entre contratos e convênios na doutrina brasileira parece ter origem em uma distinção insuficientemente importada do direito privado. Naquela seara jurídica, é clássica a distinção entre os *contratos de intercâmbio* e os *contratos de comunhão de escopo*, sob o argumento de que, enquanto nos primeiros haveria *oposição de interesses*, nos segundos ocorreria *soma de esforços para um objetivo comum*.

De acordo com Santos (2015, p. 822),

Até o presente momento, essa escolha está ao sabor da praxe administrativa: o contrato deve ser firmado com a entidade que visa lucro e o convênio com a entidade que não o visa.

Segundo o art. 197 da CF as ações e serviços públicos de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros, restando implícito que, no segundo caso, se deve observar a legislação aplicável.

O §1º do art. 199 da CF que determina que a participação complementar das entidades privadas no SUS se dará mediante a formalização de contrato de direito público ou convênio não estabelece que os contratos administrativos serão formalizados exclusivamente com empresas e os convênios unicamente com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990) também não estabelece qualquer vinculação entre a natureza jurídica da entidade privada e o instrumento utilizado para sua participação no SUS: reproduz a necessidade de formalização de contrato administrativo ou convênio, ressaltando a necessidade de se observar as normas de direito público.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

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

Tampouco a legislação que tratou e trata sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública estabeleceu tal vinculação.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 (BRASIL, 1986), que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal, vigente quando da promulgação da Constituição Federal, determinava que suas disposições, no que coubessem, aplicavam-se aos convênios celebrados pelos órgãos e entidades da Administração.

Art. 82. Aplicam-se as disposições deste decreto-lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos e entidades da Administração. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987) (BRASIL, 1986)

A Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, hoje revogada, limitou-se a afirmar que, no que coubesse, suas disposições seriam aplicadas aos convênios e estabeleceu um rito sumário acerca da sua celebração e execução.

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

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

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos. (BRASIL, 1993)

A Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021), lei de licitações e contratos administrativos, que revogou a Lei nº 8.666/1993 em 30 de dezembro de 2023, também foi econômica quanto aos convênios. Prevê a possibilidade de lei específica regular a celebração de convênios, estabelece que, no que couber e na ausência de norma específica, suas disposições a eles serão aplicadas e define critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro dos convênios.

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.

§ 1º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 2º Quando, verificada qualquer das hipóteses da alínea d do inciso II do caput do art. 124 desta Lei, o valor global inicialmente pactuado demonstrar-se insuficiente para a execução do objeto, poderão ser: (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

I - utilizados saldos de recursos ou rendimentos de aplicação financeira; (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

II - aportados novos recursos pelo concedente; (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

III - reduzidas as metas e as etapas, desde que isso não comprometa a fruição ou a funcionalidade do objeto pactuado. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 3º São permitidos ajustes nos instrumentos celebrados com recursos de transferências voluntárias, para promover alterações em seu objeto, desde que: (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

I - isso não importe transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro; (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

II - seja apresentada justificativa objetiva pelo conveniente; e (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

III - quando se tratar de obra, seja mantido o que foi pactuado quanto a suas características. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023) (BRASIL, 2021)

Estabelece, também, um regime simplificado para os convênios em que a União for parte e que tenham valor global de até R\$ 1.500.000,00.

Art. 184-A. À celebração, à execução, ao acompanhamento e à prestação de contas dos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres em que for parte a União, com valor global de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), aplicar-se-á o seguinte regime simplificado: (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

I - o plano de trabalho aprovado conterà parâmetros objetivos para caracterizar o cumprimento do objeto; (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

II - a minuta dos instrumentos deverá ser simplificada; (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

IV - a verificação da execução do objeto ocorrerá mediante visita de constatação da compatibilidade com o plano de trabalho. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 1º O acompanhamento pela concedente ou mandatária será realizado pela verificação dos boletins de medição e fotos georreferenciadas registradas pela empresa executora e pelo conveniente do Transferegov e por vistorias **in loco**, realizadas considerando o marco de execução de 100% (cem por cento) do cronograma físico, podendo ocorrer outras vistorias, quando necessárias. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 2º Não haverá análise nem aceite de termo de referência, anteprojeto, projeto, orçamento, resultado do processo licitatório ou outro documento necessário para o início da execução do objeto, e caberá à concedente ou mandatária verificar o cumprimento do objeto pactuado ao final da execução do instrumento. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023)

§ 4º O regime simplificado de que trata este artigo aplica-se aos convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres celebrados após a publicação desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023) (BRASIL, 2021)

3.6.1 A natureza contratual da relação entre o SUS e as instituições privadas

Onde estão os contratos? A partir dessa questão, Matos e Pompeu (2003) se propõem a apresentar uma análise “... da situação contratual da rede assistencial privada vinculada ao Sistema Único de Saúde” (p. 629).

Segundo os autores (p. 630),

A Constituição Federal de 1988 permite a atuação da iniciativa privada nacional na área da saúde. Permite também a participação complementar dessa iniciativa privada, lucrativa ou não, no Sistema Único de Saúde (SUS). Ou seja, a participação complementar significa a compra de serviços privados pelo Estado para o fornecimento público de saúde. Já à época da Constituinte se sabia que de complementar essa participação nada teria em áreas como a hospitalar. Nesse campo – assistência hospitalar –, a iniciativa privada é hegemônica com grande destaque para o setor das entidades privadas sem fins lucrativos. [...]

A instituição do SUS, sob outro aspecto, fez surgir também o maior de todos os compradores de serviços de saúde, sendo que em muitas regiões do país aparece como o único, numa clara situação de monopólio. [...]

A relação de compra e venda de serviços de saúde estabelecida entre o SUS e os prestadores privados deve ser mediada por contratos, como determina a Constituição. [...] Muito embora se possa afirmar que nem o SUS hoje funcionaria sem os prestadores de serviços privados nem estes sem aquele, a relação que aí se estabelece, evitada pela precariedade e ausência de vínculos contratuais, traz alguns impasses e desafios a serem vencidos.

[...]

[...] no SUS boa parte das relações com os serviços privados de saúde ainda está longe de caminhar no sentido gerencial, pós-patrimonialista e pós-burocrático. [...] necessidade de implementação de contratos e regras claras para a transferência de recursos públicos à iniciativa privada, [...]

[...]

[...] os contratos podem contribuir para uma maior responsabilização dos gestores e prestadores, além de possibilitar maior garantia dos direitos dos usuários.

Os autores propuseram em 2003 questões que ainda hoje suscitam debates:

- a) a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos no SUS se dá por meio da compra e venda de serviços de saúde;
- b) o instrumento para mediar essa relação é o contrato;
- c) a ausência de vínculos contratuais compromete a relação entre o SUS e as instituições privadas;
- d) os contratos podem contribuir para a responsabilização dos gestores do SUS e das instituições privadas prestadoras de serviços de saúde.

Para Mânica (2010), a lei que estabelece normas gerais sobre as contratações no âmbito de qualquer dos poderes do Estado deve ser aplicada subsidiariamente a todos os contratos administrativos, isto é, a todos os ajustes que vinculem, sob um regime consensual, as relações entre a Administração Pública e um particular.

Tratando especificamente de ajustes na área da saúde, Mânica (2010, p. 204) afirma que,

[...] caso o ajuste implique o dever da Administração Pública de pagar pelos serviços e o dever do particular em prestá-los, nos termos pactuados, haverá um contrato. Trata-se, pois, de um contrato em favor de terceiros (os usuários do serviço público), no qual há direitos e deveres para ambas as partes.

Matos e Pompeu (2003, p. 630) adotam concepção semelhante: “a

participação complementar significa a compra de serviços privados pelo Estado para o fornecimento público de saúde”.

Após caracterizar os ajustes entre a Administração Pública e os particulares no âmbito do SUS como contratos em favor de terceiros, Mânica (2010, p. 223-224) analisa a utilização de convênios na área da saúde desde a década de 1960, concluindo que sua previsão no §1º do art. 199 da CF “não se coaduna com o objetivo de regulamentar a prestação de serviços públicos de saúde”.

Em sede constitucional, a referência a convênios consta em diversos artigos da Constituição de 1967, e da Constituição de 1969, todos eles fazendo referência a ajustes celebrados entre entes públicos. Na Constituição Federal de 1988, consta previsão de celebração de convênios no artigo 37, inciso XXII, no artigo 39, §2º, no artigo 71, inciso VI, e no já citado artigo 241 da Constituição Federal. Todos eles referem-se a ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de convênio com o setor privado é exatamente aquela contida na ordem da saúde — especificamente no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional.

Tal análise, conjugada ao estudo da evolução dos serviços públicos de saúde no Brasil, permite perceber que a insuficiência da oferta de serviços públicos de saúde no âmbito do sistema *bismarckiano* — vigente em grande parte do século XX no Brasil — fez com que o Estado brasileiro incentivasse entidades privadas a prestar tal serviço no âmbito privado. Isso ocorreu mediante subvenções que passaram a ser disciplinadas por um modelo de ajuste até então utilizado para regulamentar relações entre entes públicos: o *convênio*. Não obstante, como já assinalado, a Constituição Federal de 1988 marcou a transição do sistema de saúde brasileiro, que passou a garantir o direito à saúde e conseqüente prestação de serviços voltados a sua promoção, proteção e recuperação a todos que deles necessitem. Assim, ao lado dos convênios, os quais disciplinam a relação de fomento estatal à prestação de serviços privados de saúde, foram previstos os contratos, por meio dos quais se delega a prestação de serviços públicos de saúde a entidades privadas. Nesse contexto, a existência do termo *convênios* no parágrafo único do artigo 199 da Constituição Federal, como analisado no Item 3.1.1.2, inserido na última etapa de deliberação do projeto de texto constitucional, pode ser explicada pela tradição de celebração de tal modalidade de ajuste, que evidentemente não se coaduna com o objetivo de regulamentar a prestação de serviços públicos de saúde — mas de fomentar sua prestação privada.

De forma coerente a sua caracterização dos ajustes entre a Administração Pública e os particulares no âmbito do SUS como contratos em favor de terceiros e da inadequação da utilização de convênios como forma de regulamentar a prestação de serviços públicos de saúde, Mânica (2010, p. 224-225) propõe que

[...] a utilização dos convênios como mecanismo de participação privada nos *serviços públicos de saúde* deve ser afastada. Em tais casos (de prestação de serviços públicos) — independente da denominação legal do instrumento que vincule o prestador privado e da existência (ou não) de finalidade lucrativa — a disciplina jurídica geral a ser aplicada é aquela dos contratos administrativos — com sujeição integral à Lei nº 8.666/93.

Mânica chega a formulação semelhante à de Matos e Pompeu sobre a participação privada nos serviços públicos de saúde: a relação estabelecida entre a Administração Pública e os prestadores privados de saúde com ou sem fins lucrativos é uma relação contratual.

Refletindo sobre a participação das instituições privadas no SUS, Santos (2015, p. 822) defende que o contrato deve regular essa participação independentemente da instituição ser com ou sem fins lucrativos, dado que ambas prestam serviços de saúde de forma complementar.

[...] no meu entendimento, o contrato seria a forma correta de ajuste para a complementaridade, mesmo tendo as entidades sem finalidades lucrativas preferência; bastaria regulá-la. Havendo insuficiência, primeiro se recorre ao setor sem fins lucrativos e depois ao setor lucrativo. O fundamento da escolha não deve ser a 'finalidade' da entidade e sim o 'objeto' do ajuste, que é o de prestação de serviços de saúde complementares aos serviços públicos na rede interfederativa de saúde.

O entendimento defendido por Santos se alinha às formulações de Mânica e de Matos e Pompeu: a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam tem por objeto a prestação de serviços de saúde e deve ser mediada por contrato.

Nas seções anteriores exploramos diversos aspectos da relação que o SUS estabelece com as instituições privadas que dele participam executando ações e serviços públicos de saúde.

Apontamos que a vinculação entre o tipo de instrumento – contrato ou convênio – com a finalidade da entidade privada – fins lucrativos ou não – imposta pelas portarias emitidas pelo Ministério da Saúde não tem sustentação na doutrina ou na lei. De fato, essas portarias vinculam a preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos a um suposto regime de parceria mediado pelo estabelecimento de um convênio.

Ora a preferência implica a celebração de “convênio de parceria” (art. 10 da Portaria nº 1.286/1993 (BRASIL, 1993c)); ora a celebração do convênio “confere à entidade condição de parceira” (art. 4º da Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a)); ora a celebração do convênio depende do “interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços de saúde” (inciso I do parágrafo único do art. 3º da Portaria nº 3.277/2006 (BRASIL, 2006b); inciso I do parágrafo único do art. 3º da Portaria nº 1.034/2010 (BRASIL, 2010); inciso I do §3º do art. 3º da Portaria nº 2.567/2016

(BRASIL, 2016a).

As posições defendidas pelos autores corroboram as críticas que fizemos e apontam para a inadequação da utilização do convênio para mediar as relações entre o SUS e as instituições privadas com ou sem fins lucrativos que dele participam na medida em que o objeto dessas relações é a prestação de ações e serviços de saúde.

Ao analisamos as condições de oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos mediante a formalização de convênio, concluímos que a oferta de serviços ao gestor local do SUS depende do preço a ser pago por ele, caracterizando uma relação contratual.

Ora, se a oferta de serviços depende do preço a ser pago, a relação é de prestação de serviços e o convênio é um instrumento inadequado para regulá-la.

Também nesse caso, a inadequação do convênio como instrumento para regular a relação entre o SUS e as entidades privadas sem fins lucrativos tem o mesmo sentido da argumentação dos autores.

Ao tratarmos da publicização na área da saúde, concluímos que as entidades privadas qualificadas como “organizações sociais” se enquadram na condição de terceiros que executam indiretamente ações e serviços públicos de saúde por meio de um ajuste específico denominado contrato de gestão.

Entendemos que as relações estabelecidas entre o Poder Público e as entidades privadas no âmbito dos contratos de gestão e dos convênios na área de saúde não são relações de fomento.

Sob esses aspectos, importa registrar, que adotamos posição não totalmente convergente a dois dos autores aqui citados.

Matos e Pompeu (2003, p. 630) fazem uma referência ligeira à necessidade de se considerar as medidas relativas à regulação que surgiram no bojo das “reformas inconclusas do aparelho de Estado brasileiro”.

Dado que as ações e serviços de saúde são considerados serviços públicos e que sua execução no âmbito do SUS deve seguir as diretrizes deste, Mânica (2010) entende que o objeto do contrato de gestão é a prestação de serviços públicos de saúde, fazendo com que contrato de gestão seja um contrato de concessão. Em relação a esse último ponto, discordamos por razões já expostas.¹⁰

¹⁰ O argumento desenvolvido por Mânica (2010) pode ser consultado no item 4.3.2.2 Contratos de Gestão (p. 239-250).

Em relação aos contratos de gestão a posição que adotamos diverge da defendida por Santos (2015), que reconhece que o contrato de gestão configura parceria entre o Poder Público e o setor privado com o estabelecimento de relações de fomento e colaboração e sob esse aspecto deve ser tratado.

Por fim, vimos que as determinações constitucionais do SUS estabelecem duas formas das instituições privadas participarem do sistema público de saúde:

- a) execução indireta de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas;
- b) execução de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da instituição privada em complementação aos executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros.

As duas formas das instituições privadas participarem do SUS implicam que este remunere os serviços de saúde prestados por aquelas em favor da população de uma determinada área.

Neste sentido, e tendo em vista a discussão precedente, entendemos que a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam prestando serviços de saúde sob uma das duas formas possíveis e mediante qualquer dos ajustes válidos é uma relação contratual.

O Quadro 1 apresenta as formas de participação das instituições privadas no SUS, sintetizando a discussão precedente.

Deve-se ter em conta que a utilização do contrato de gestão para formalizar a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde pressupõe que a instituição sem fins lucrativos seja qualificada como organização social e que atenda aos demais requisitos da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998).

Quadro 1 – Formas de participação das instituições privadas no SUS

Formas de participação das instituições privadas no SUS	Tipo de instituição privada	Tipo de ajuste	Tipo de estabelecimento	Natureza da relação público-privada	Fomento	Base normativa
Execução indireta de ações e serviços públicos de saúde	Com fins lucrativos	Contrato	Estabelecimento de saúde da rede própria	Contratual	Não	Art. 197 da CF
	Sem fins lucrativos	Contrato ou Contrato de Gestão		Contratual	Não	
Execução complementar de ações e serviços públicos de saúde	Com fins lucrativos	Contrato	Estabelecimento de saúde da instituição privada	Contratual	Não	§1º do art. 199 da CF
	Sem fins lucrativos	Contrato ou Convênio		Contratual	Não	

Fonte: Elaboração própria.

4 INSTRUMENTOS PARA A CONSTITUIÇÃO DA REDE DE AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

O SUS é constituído pelas ações e serviços públicos de saúde organizados em uma rede regionalizada e hierarquizada.

As ações e serviços públicos de saúde devem ser executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros e, ainda, por instituições privadas, de forma complementar às ações e serviços públicos de saúde disponibilizados na rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Neste contexto, as instituições privadas possuem duas formas de participar do SUS: a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e a execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar.

Na execução indireta de ações e serviços públicos de saúde a instituição privada é responsável pela execução de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Nessa hipótese a instituição privada pode executar parte das ações e serviços públicos de saúde de um determinado estabelecimento ou se responsabilizar pela gestão de todo o estabelecimento, situação em que executa todas as ações e serviços de saúde desse estabelecimento e demais atividades não assistenciais.

Na execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar a instituição privada executa ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde de sua titularidade a fim de complementar os disponibilizados na rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

Entendemos que a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam executando ações e serviços públicos de saúde sob uma das duas formas possíveis e mediante qualquer dos instrumentos válidos é uma relação contratual.

Neste contexto, o que diferencia a utilização dos instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementares aos por ela ofertados é a forma de participação no SUS, o objeto do instrumento e a instituição privada que pode firmar o ajuste.

O objetivo deste capítulo é apresentar os instrumentos disponíveis – contrato administrativo, convênio e contrato de gestão – e tratar das formas de participação no SUS associadas a eles, dos objetos possíveis para cada um deles e das instituições privadas que podem firmá-los.

Não trataremos da concessão administrativa dado que as poucas experiências no âmbito do SUS têm se restringido à construção de hospitais, à instalação dos equipamentos necessários e à prestação de serviços de hotelaria e manutenção do edifício e dos equipamentos, o que se convencionou denominar “serviços de bata cinza”. Nesse caso, os serviços assistenciais, denominados “serviços de bata branca” são executados por uma entidade qualificada como organização social mediante a celebração de um contrato de gestão.

Não trataremos, também, do termo de parceria estabelecido pela Lei nº 9.790/ 1999 (BRASIL, 1999).

A qualificação da pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para atuação na área da saúde pressupõe atividade de, no mínimo, três anos na promoção gratuita da saúde, observado o princípio da universalização dos serviços.

A promoção gratuita da saúde deve se dar mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

[...]

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

[...]

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos

e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

A exigência de que a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que atua na área de saúde e deseja se qualificar como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público comprove funcionamento regular de, no mínimo três anos, e tenha por objetivo social a promoção gratuita da saúde, isto é, que comprove que há, no mínimo três anos, executa ações e serviços de saúde custeados por suas receitas próprias, caracteriza o exercício de atividade privada de interesse público: a promoção gratuita da saúde.

Neste contexto, o termo de parceria, conforme estabelecido na Lei nº 9.790/1999 (BRASIL, 1999), configura, nos termos mesmos propostos por Di Pietro (2012), fomento à execução de atividade privada de interesse público, não se adequando a qualquer uma das duas formas de participação das instituições privadas no SUS.

Antes de apresentarmos os instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria do SUS ou complementares aos por ela ofertados, importa tratarmos da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos para a participação complementar no SUS estabelecida no §1º do art. 199 da CF.

O tratamento da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF é importante porque pode determinar a escolha entre uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos e uma entidade com fins lucrativos, isto é, uma sociedade, para a prestação de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar aos ofertados pela rede própria do SUS. Caso a escolha recaia sobre uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, é possível a utilização do convênio para formalizar a relação entre o SUS e essa entidade.

4.1 A preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos

No caso da execução complementar de ações e serviços públicos de saúde, o §1º do art. 199 da CF estabelece a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Segundo Santos (2015, p. 822-823),

A preferência garantida ao setor privado sem fins lucrativos é histórica na saúde, o que remonta ao papel das santas casas e demais serviços religiosos que atuavam na área da saúde de modo desinteressado desde o Império.

[...]

Nos debates na Assembleia Nacional Constituinte seria impossível discutir saúde sem considerar os serviços das santas casas ou das entidades filantrópicas. Nasceu, assim, a necessidade de se manter a sua preferência, já considerada anteriormente de modo informal. Até porque grande parte dos serviços complementares aos do Inamps eram de entidades filantrópicas, com poucos serviços lucrativos possuindo relação contratual com o poder público.

Carvalho e Santos (1995, 194), comentando a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), trataram da seguinte forma a preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para a participação complementar no SUS:

Como – em face do princípio da licitação – não é possível dar preferência a nenhum interessado em celebrar contrato com a Administração Pública, sob pena de se violar a igualdade de participação no processo licitatório, a preferência das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos só pode ser entendida e justificada na hipótese de essas entidades virem a se tornar *parceiras* do Poder Público, quando, então, com elas se celebraria convênio e não contrato. Isto porque, no regime de parceria, os interesses do Poder Público e da entidade filantrópica e da sem fins lucrativos seriam comuns em função de resultados transcendentais.

Não ocorrendo a parceria, devida e previamente regulamentada, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não gozariam da preferência, concorrendo em igualdade de condições com os demais interessados em celebrar contrato de prestação de serviços com o Poder Público.

A preferência prevista na Constituição e na LOS há de ser regulamentada no âmbito do SUS, para que se defina a parceria dessas entidades com o Poder Público.

Os autores vinculam a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos ao estabelecimento de parceria com o Poder Público, formalizada mediante convênio, fundada em interesses comuns que possibilitariam “resultados transcendentais”.

Justificam que esse “regime de parceria” se faz necessário para superar a igualdade de condições a todos os concorrentes que deve ser observada em um processo licitatório.

Por fim, defendem que a preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos prevista no §1º do art. 199 da CF e na Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) “deve ser regulamentada no âmbito do SUS, para que se defina a parceria dessas entidades com o Poder Público”.

A relação entre a preferência e o regime de parceria conforme estabelecida pelos autores implica uma circularidade: por um lado “a preferência das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos só pode ser entendida e justificada na hipótese de essas entidades virem a se tornar parceiras do Poder Público”, por outro, “A preferência prevista na Constituição e na LOS há de ser regulamentada no âmbito do SUS, para que se defina a parceria dessas entidades com o Poder Público”.

Essa circularidade já havia sido estabelecida pela Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a):

Art. 2º Depois de esgotada a capacidade de prestação de ações e serviços de saúde, pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional, a direção do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo dará preferência, para participação complementar no sistema, às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos, com as quais celebrará convênio.

[...]

Art. 4º A participação de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde, mediante convênio celebrado nos termos dessa Portaria, confere à entidade condição de parceira do Poder Público na execução de ações e serviços de saúde.

Argumentam os autores, ainda, que “no regime de parceria, os interesses do Poder Público e da entidade filantrópica e da sem fins lucrativos seriam comuns em função de resultados transcendentais”.

Quais resultados transcendentais?

Ora, se o objetivo da participação complementar das entidades privadas no SUS é suprir a oferta de ações e serviços de saúde públicos pela rede própria da administração direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas que se mostra incapaz de garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, isto é, a prestação de ações e serviços de saúde em complementação aos prestados pela administração pública, quais “resultados transcendentais” devemos esperar, além da execução das ações e serviços de saúde contratados, que somente podem ser alcançados mediante a parceria entre uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos e o Poder Público?

Nos parece que não há resposta válida para essa questão. A administração pública espera que a instituição privada com ou sem fins lucrativos execute as ações e serviços de saúde conforme contratado.

Por fim, mas não menos importante, vamos nos ater à contraposição entre a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida

no §1º do art. 199 da CF e a igualdade de condições a todos os concorrentes que deve ser observada nos processos licitatórios determinada no inciso XXI do art. 37 da CF.

Segundo os autores, a preferência se choca com a igualdade de condições e somente o regime de parceria poderia superar tal questão.

Entendemos equivocado esse argumento em favor do regime de parceria.

A Constituição Federal possui diversos dispositivos que aparentemente são conflitantes e cuja harmonização deve ser buscada à luz dos preceitos constitucionais. Não é razoável supor que um determinado dispositivo constitucional seja inconstitucional em decorrência de qualquer outro dispositivo constitucional.

Tomemos um exemplo no próprio art. 37 da CF. O seu inciso II determina que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”, por sua vez, o seu inciso VIII estabelece que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Ora, o inciso VIII do art. 37 não estabelece uma “preferência”?

Entendemos que sim e, segundo sua redação, os critérios para seu exercício devem definidos pela lei.

Situação semelhante ocorre com a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida no §1º do art. 199 da CF: o dispositivo constitucional estabelece uma preferência sem definir os critérios para seu exercício, no entanto, não determina expressamente que a lei os defina, possibilitando que sua definição se dê por ato infralegal.

Passados vinte anos, Santos (2015, p. 818) assume posição diferente da acima compartilhada com Carvalho no que diz respeito à participação complementar e à preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos:

[...] o Capítulo II da Lei nº 8.080/1990 demandaria regulamentação para elucidar dúvidas que sempre permaneceram nessa relação, em especial a questão da preferência das entidades sem fins lucrativos, bem como a própria licitação nem sempre viável, posto que, na maioria das vezes, cabe a declaração de inexigibilidade de licitar em razão das características organizativas do SUS [...]

[...]

Defendi, durante muito tempo, que a ‘preferência’ imporia um regime de parceria entre o poder público e a entidade filantrópica, mas após novas

reflexões a respeito do tema, entendo que a complementação dos serviços privados de saúde à rede pública de saúde tem um regime próprio.

Continuando a discorrer sobre a participação complementar e a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, após reconhecer o contrato como o instrumento adequado à formalização da prestação de serviços complementares no âmbito do SUS, Santos (2015, p. 822) defende a necessidade de regulamentar a preferência:

A preferência da entidade filantrópica precisa ser disciplinada para uma melhor compreensão do regime da complementaridade, a qual deve se assentar na relevância e na natureza pública do serviço de saúde, que confere ao poder público competência para intervir na saúde, podendo até mesmo requisitar serviços quando necessário.

No entanto, importa destacar que a especificidade do regime de complementaridade defendida por Santos (2015) ou a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos nunca foram regulamentadas.

A Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) se limitou a reproduzir a parte final do §1º do art. 199 da CF em seu art. 25 e as portarias do Ministério da Saúde destinadas a regulamentar a participação complementar das entidades privadas no SUS reproduziram com alguns ajustes as disposições da Portaria nº 944/1994 (BRASIL, 1994a).

Neste contexto, Santos (2015) relata dificuldades decorrentes da não regulamentação da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, destacando a posição de órgãos de controle externo que entendem os convênios firmados para participação complementar no SUS como parceria que possibilitam interferência na atuação privada das entidades.

A Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a), que atualmente regula a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços públicos de saúde, não define qualquer critério para o exercício da preferência e a trata como absoluta, estabelecendo uma ordem inexistente na disposição constitucional.

Art. 130. [...]

[...]

§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o

ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos. (Origem: PRT MS/GM2567/2016, Art. 3º, § 2º)

De acordo com o §2º do art. 130 da Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a), havendo entidade filantrópica ou sem fins lucrativos no território, o gestor local do SUS somente pode recorrer a entidade com fins lucrativos caso a primeira entidade não seja capaz de atender a necessidade quantitativa dos serviços demandados.

Entendemos que a preferência é relativa: não faz qualquer sentido firmar um ajuste com uma instituição privada para a execução de ações e serviços públicos de saúde que apresenta piores condições para tanto somente porque ela é uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos.

No mesmo sentido, Mânica (2010, p. 189) afirma que “[...] é possível a formação de vínculos com entidades com natureza lucrativa em todos os casos em que tal opção se mostre mais adequada à consecução do serviço público de saúde em questão.”

4.1.1 Possibilidade dos entes federativos definirem os critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos

O §1º do art. 199 da CF que estabeleceu a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não definiu critérios para seu exercício ou determinou que a lei os defina. Essa ausência possibilita que sua definição ocorra por ato infralegal.

O inciso XIV do art. 16 da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) nos informa que compete à direção nacional do SUS regular a relação com os serviços privados contratados.

Art. 16. À direção nacional do SUS compete:

[...]

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

[...]

No entanto, conforme já vimos, a Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a) não definiu qualquer critério para o exercício da preferência

estabelecida no §1º do art. 199 da CF, limitando-se a:

- a) possibilitar que o ente público recorra às entidades com fins lucrativos caso as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos não atendam a necessidade quantitativa dos serviços requeridos;
- b) afastar a preferência caso as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente sem, no entanto, especificar qual legislação deve ser atendida; e,
- c) determinar que as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos atendam a requisitos básicos da lei de licitações e da legislação que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes e regula os procedimentos referentes à imunidade de contribuições à seguridade social.

Art. 130. [...]

[...]

§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 2º)

[...]

§ 4º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 4º)

§ 5º As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 5º)

Os Estados e o Distrito Federal têm competência legislativa concorrente com a União para legislar sobre proteção e defesa da saúde, cabendo a esta o estabelecimento de normas gerais e àqueles complementá-las. Não existindo lei geral editada pela União, os Estados e o Distrito Federal poderão exercer a competência legislativa plena, editando norma de caráter geral e específico.

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

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Neste sentido, Moraes (2007, p. 289):

Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a *competência suplementar* dos Estados-membros e do Distrito Federal em duas espécies: *competência complementar* e *competência supletiva*. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados-membros e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão *competência plena* tanto para a edição das normas de caráter geral, quando para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3º e 4º).

Os Municípios têm competência para legislar sobre qualquer assunto de interesse local e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...]

Segundo Moraes (2007, p.292 e 294),

Apesar de difícil conceituação, *interesse local* refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União) [...]

Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (*princípio da predominância do interesse*).

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: *interesse local*.

Competências atribuídas às direções estaduais, do Distrito Federal e municipais do SUS pela Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a) reforçam o interesse dos entes subnacionais em suprir a omissão legislativa da União e da direção nacional do SUS no que diz respeito à definição de critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida no §1º do art. 199 da CF.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

[...]

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

[...]

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

[...]

Art. 18. À direção municipal do SUS compete: (Redação dada pela Lei nº 14.572, de 2023)

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

[...]

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

[...]

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

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Neste contexto, cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios suprir a lacuna legislativa e definir os critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

4.1.2 Critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos

Na ausência da regulamentação do exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, a questão que precisa ser respondida é como garantir o exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF e simultaneamente a escolha da instituição privada com ou sem fins lucrativos mais adequada para a execução complementar de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS?

Se a preferência absoluta pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos conforme previsto na Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a)

não é adequada, pois estabelece uma ordem inexistente no §1º do art. 199 da CF, a definição de critérios para o exercício dessa preferência deve ser buscada no objetivo que se quer alcançar.

De fato, não há qualquer diferenciação entre as ações e os serviços de saúde prestados por instituições privadas com ou sem fins lucrativos, ambos são de relevância pública de acordo com o art. 197 da CF.

O objetivo do §1º do art. 199 da CF é a participação complementar das instituições privadas no SUS, isto é, a integração de ações e serviços de saúde desenvolvidos por instituições privadas com ou sem fins lucrativos em estabelecimentos de saúde de sua titularidade às ações e serviços públicos de saúde executados na rede própria de saúde da administração pública direta e indireta.

A Lei nº 8.080/1990 (1990a) regula a participação complementar das instituições privadas no SUS da seguinte forma:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

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

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

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

[...]

Os critérios que possibilitam a participação complementar das instituições privadas no SUS são:

- a) disponibilidade de ações e serviços públicos de saúde insuficiente para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área;
- b) atendimento aos parâmetros de cobertura assistencial estabelecidos

- pela direção nacional do SUS¹¹;
- c) atendimento aos critérios e valores para a remuneração de serviços estabelecidos pela direção nacional do SUS¹²;
 - d) submissão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, mantendo-se o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
 - e) a formalização dos ajustes deve observar as normas do direito público.

Segundo a Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a), os critérios e parâmetros são referenciais, podendo sofrer adequações para atender a realidade no âmbito do ente da federação.

Art. 104. Os critérios e parâmetros são referenciais quantitativos utilizados para estimar as necessidades de ações e serviços de saúde, constituindo-se em referências para orientar os gestores do SUS dos três níveis de governo no planejamento, programação, monitoramento, avaliação, controle e regulação das ações e serviços de saúde, podendo sofrer adequações no nível das Unidades da Federação e Regiões de Saúde, de acordo com as realidades epidemiológicas e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. (Origem: PRT MS/GM 1631/2015, Art. 3º)

Art. 105. Os parâmetros de planejamento e programação são referenciais quantitativos indicativos, sem qualquer caráter impositivo ou obrigatório, visando à equidade de acesso, a integralidade e a harmonização progressiva dos perfis da oferta das ações e serviços de saúde. (Origem: PRT MS/GM 1631/2015, Art. 4º)

§ 1º Os estados e municípios podem promover a sua alteração, realizando os ajustes necessários para adequação à realidade epidemiológica, demográfica, patamares de oferta e ao estágio de estruturação da Rede de Atenção à Saúde existente em seus territórios. (Origem: PRT MS/GM 1631/2015, Art. 4º, § 1º)

[...]

Os critérios acima informam uma sequência lógica de ações por parte do gestor local do SUS para se determinar a participação complementar das instituições privadas no sistema público de saúde.

A determinação da insuficiência quantitativa de ações e serviços públicos de saúde para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área deve se dar a partir dos parâmetros de cobertura assistencial

¹¹ Os critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS foram aprovados pela Portaria nº 1.631/2015 (BRASIL, 2015a). Consultar, também, Critérios e Parâmetros para o Planejamento e Programação de Ações e Serviços de Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2015b).

¹² A Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS está disponível em: <http://sigtap.datasus.gov.br/tabela-unificada/app/sec/inicio.jsp>.

estabelecidos pela direção nacional do SUS ajustados à realidade local.

A quantidade de ações e serviços de saúde demandados, os critérios e valores para a sua remuneração e a disponibilidade orçamentária, as normas técnicas e administrativas e os princípios e diretrizes do SUS são elementos que devem ser utilizados para caracterizar a solução necessária para a garantia da cobertura assistencial à população de uma determinada área.

Caracterizada a solução necessária para a garantia da cobertura assistencial à população de uma determinada área, propomos que se deva estabelecer os termos para a execução das ações e serviços de saúde que se quer contratar a partir dos seguintes elementos:

- a) os parâmetros para a execução de cada ação ou serviço de saúde considerando-se o ganho de escala – infraestrutura, equipamentos, insumos, equipes de profissionais de saúde, serviços auxiliares etc.;
- b) o modelo de remuneração – parcela fixa e parcela variável em função do atingimento de metas;
- c) os resultados finalísticos esperados – p. ex.: redução da taxa de mortalidade hospitalar, redução da taxa de infecção hospitalar, aumento da taxa de resolutividade do serviço, manutenção do valor médio dos serviços;
- d) os resultados de meio esperados – p. ex.: número de consultas, número de exames, número de cirurgias, fornecimento de informações ao sistema público de saúde;
- e) os indicadores de desempenho finalísticos – p. ex.: taxa de mortalidade hospitalar, taxa de infecção hospitalar, taxa de resolutividade do serviço, valor médio dos serviços;
- f) os indicadores de meio esperados – p. ex.: número de consultas realizadas, número de exames realizados, número de cirurgias realizadas, informações fornecidas;
- g) o modelo de acompanhamento da execução do contrato e aferição dos resultados.

Tendo por base os termos para a execução das ações e serviços de saúde que se quer contratar, propomos que se defina indicadores que reflitam o grau de aderência das entidades privadas candidatas à prestação das ações e serviços de saúde que se quer contratar aos termos para sua execução.

Entendemos que uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos deve ter preferência na contratação se for a melhor escolha para a execução do contrato de prestação de ações e serviços complementares de saúde conforme os termos acima elencados.

Neste sentido, considerando os parâmetros para a execução de cada ação ou serviço de saúde incluindo o ganho de escala, o modelo de remuneração, os resultados finalísticos e de meio esperados, os indicadores de desempenho finalísticos e de meio definidos e o modelo de acompanhamento da execução do contrato e aferição dos resultados definidos, a preferência pela entidade filantrópica ou sem fins lucrativos deve ser assegurada se esta apresentar indicadores equivalentes ou superiores aos apresentados por uma entidade com fins lucrativos para a execução do contrato.

O modelo acima proposto para o exercício da preferência e escolha a instituição privada para a execução complementar de ações e serviços públicos de saúde é adequado à Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a), a lei de licitações e contratos, cumprindo com o critério de que a formalização dos ajustes deve observar as normas do direito público.

A Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a) inova em relação ao planejamento das contratações ao determinar a elaboração de estudo técnico preliminar. Este documento caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e serve de base para a elaboração do termo de referência na hipótese de se concluir pela viabilidade da contratação.

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

[...]

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;
- [...]

A caracterização da solução necessária para a garantia da cobertura assistencial à população de uma determinada área mediante a participação complementar das instituições privadas no sistema público de saúde conforme acima proposto possui os dois elementos do estudo técnico preliminar: a caracterização do interesse público envolvido e de sua melhor solução.

Por sua vez, o estabelecimento dos termos para a execução das ações e serviços de saúde que se quer contratar e a definição dos indicadores que refletem o grau de aderência das entidades privadas a eles conforme proposto atendem aos parâmetros e elementos descritivos do termo de referência.

Por fim, entendemos que o modelo apresentado responde a questão inicialmente posta, garantindo o exercício da preferência estabelecida no §1º do art. 199 da CF e simultaneamente a escolha da instituição privada com ou sem fins lucrativos mais adequada para a execução complementar de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

4.2 Contratos administrativos

Os contratos administrativos são regidos pela Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O art. 6º estabelece diversas definições relativas aos tipos serviços passíveis de contratação:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XI - serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

[...]

XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

XIV - bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;

[...]

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;

b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;

c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

XVII - serviços não contínuos ou contratados por escopo: aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto;

[...]

Apesar dessas definições relativas aos tipos de serviços passíveis de contratação não tratarem especificamente da contratação de ações e serviços de saúde, deles melhor se aproximam que a definição de serviço estabelecida na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993a):

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

[...]

Parece razoável supor que parte das ações e serviços públicos de saúde, ainda que em função da indefinição da demanda (ARROW, 1963) ou da complexidade tecnológica envolvida, apresentem algum grau de complexidade na definição de seus padrões de desempenho e qualidade, que impõe a adoção de soluções específicas para a contratação de sua execução indireta em um determinado estabelecimento de saúde.

Tendo em vista o contexto da contratação da execução indireta de ações e serviços de saúde, é possível classificá-los como um serviço especial.

A execução indireta de ações e serviços públicos de saúde requer que os profissionais de saúde envolvidos em sua execução estejam no estabelecimento

de saúde da rede própria, nos horários estabelecidos no contrato e que a administração pública possa fiscalizar o cumprimento das diretrizes do SUS, inclusive as relativas aos profissionais de saúde.

Se a execução indireta de ações e serviços não for, para muitos, exatamente o que a lei entende como serviço contínuo com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, ela é muito próxima.

É prática corrente entre os gestores locais do SUS executar os denominados “mutirões de saúde” para a realização de procedimentos específicos com o objetivo de reduzir a fila de espera por eles. Nesses “mutirões de saúde” se contrata um determinado número de procedimentos para serem executados em um período específico.

A contratação de mutirões de saúde é a definição de serviço não contínuo ou contratado por escopo.

A Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a) traz uma inovação: a elaboração de estudo técnico preliminar.

Entendemos que o estudo técnico preliminar é um documento que atende as determinações do art. 130, *caput*, da Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a), relativas à caracterização da insuficiência na oferta de ações e serviços públicos de saúde próprios para garantir a cobertura assistencial da população de um determinado território e comprovar a impossibilidade de sua ampliação.

4.2.1 Forma de participação no SUS

As instituições privadas podem participar do SUS por meio da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e por meio da execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar.

O §1º do art. 199 da CF estabelece que o contrato administrativo é um dos meios possíveis para a execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar.

Nesse caso, a instituição privada executa ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde de sua titularidade a fim de complementar os ofertados na rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

O art. 197 da CF determina que as ações e serviços públicos de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros, nada dizendo sobre o tipo de ajuste que deve ser utilizado na segunda hipótese.

Na execução indireta a instituição privada é responsável pela execução de ações e serviços de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas.

O art. 2º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, determina sua aplicação à prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados. O art. 6º estabelece diversas definições relativas aos tipos serviços passíveis de contratação que, conforme apresentamos, se aproximam melhor das características das ações e serviços de saúde.

Portanto, o contrato administrativo pode ser utilizado para formalizar tanto a execução indireta quanto a complementar de ações e serviços públicos de saúde pelas instituições privadas no âmbito do SUS.

4.2.2 Objeto do contrato administrativo no âmbito do SUS

Entre os possíveis objetos de um contrato administrativo no âmbito do SUS, a execução de ações e serviços públicos de saúde certamente é o mais significativo, pois possibilita a incorporação dessas ações e serviços públicos de saúde à rede própria de saúde quando executados de forma indireta ou a ampliação dessa rede quando executados de forma complementar ao sistema público de saúde.

Em relação à execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar não há dúvidas quanto à sua possibilidade, dada a previsão constitucional.

Dúvidas podem surgir quanto tratamos da execução de ações e serviços de saúde de forma indireta.

Vimos que a execução indireta comporta a execução de parte das ações e serviços públicos de saúde de um determinado estabelecimento ou a gestão de todo o estabelecimento, situação em que a instituição privada executa todas as ações e serviços de saúde desse estabelecimento e demais atividades não assistenciais.

Entendemos que o contrato administrativo não é o meio adequado para a instituição privada assumir a gestão de todo o estabelecimento.

A Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) não admite a transferência da

gestão de todo o estabelecimento para pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos e impõe que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos sejam qualificadas como organização social para assumir a gestão de todo o estabelecimento. Determina, ainda, a celebração de um ajuste específico para tanto: o contrato de gestão.

Neste sentido, as instituições privadas somente podem executar de forma indireta parte das ações e serviços públicos de saúde de um determinado estabelecimento por meio da formalização de um contrato administrativo.

4.2.3 A instituição privada que pode firmar contrato administrativo com o SUS

As determinações constitucionais do SUS apontam duas possibilidades de participação das instituições privadas: a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e a execução complementar de ações e serviços públicos de saúde.

No primeiro caso o dispositivo constitucional que trata da matéria não especifica quais instituições privadas podem executar indiretamente as ações e serviços públicos de saúde.

Nessa hipótese parece correto supor que, atendidas a legislação relativa à licitação e contratos, é indiferente a instituição privada possuir ou não fins lucrativos.

No caso da execução complementar de ações e serviços públicos de saúde, o §1º do art. 199 da CF estabelece uma preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Importa destacar que essa preferência nunca foi regulada.

Na subseção 4.1.2 apresentamos um modelo para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos cujos critérios foram definidos a partir de requisitos estabelecidos na Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a).

Tendo em vista o modelo apresentado, a preferência pela entidade filantrópica ou sem fins lucrativos deve ser assegurada se esta apresentar indicadores equivalentes ou superiores aos apresentados por uma entidade com fins lucrativos para a execução do contrato.

Em qualquer caso, havendo mais de um ofertante capaz de executar as ações e serviços públicos de saúde requeridos, deve-se seguir a legislação relativa a licitação e contratos.

4.3 Convênios

Historicamente, os convênios foram utilizados pelo Estado para fomentar instituições privadas que prestavam serviços privados de saúde dada a insuficiência dos serviços públicos de saúde.

Por outro lado, desde que a saúde foi alçada a direito fundamental social pela Constituição de 1988, os convênios têm sido utilizados para estabelecer ajustes com instituições privadas sem fins lucrativos cujo objeto é a prestação de ações e serviços públicos de saúde.

A Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993a), hoje revogada, tratou dos convênios de forma célere: limitou-se a afirmar que, no que couber, suas disposições a eles seriam aplicadas e definiu um rito sumário para sua celebração e execução.

A Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a), lei de licitações e contratos administrativos, que revogou a Lei nº 8.666/1993, abre a possibilidade de lei específica regular a celebração de convênios e estabelece que, no que couber e na ausência de norma específica, suas disposições a eles serão aplicadas e define critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro dos convênios.

Aplica-se, portanto, aos convênios pelo menos parte das definições relativas aos tipos serviços estabelecidas no art. 6º da lei.

Necessário, também, a elaboração de estudo técnico preliminar que, como vimos, atende as determinações do art. 130, *caput*, da Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a).

4.3.1 Forma de participação no SUS

O §1º do art. 199 da CF estabelece que o convênio é um meio hábil para formalizar a participação complementar das instituições privadas no SUS.

A Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a) determina que o convênio será utilizado apenas quando a contraparte for uma instituição privada sem fins lucrativos.

Art. 130. [...]

[...]

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de

1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art.3º, § 3º)
 I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, §3º, I)
 [...]

Vimos que o art. 197 da CF, que determina que as ações e serviços públicos de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros, não aponta o tipo de ajuste que deve ser utilizado para a execução indireta de ações e serviços de saúde.

Tendo em vista que na execução indireta a instituição privada executa de ações e/ou serviços de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas, isto é, presta serviço à administração pública nos termos do inciso XI do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a), não é possível a utilização do convênio para regular tal relação.

Portanto, o convênio somente pode ser utilizado para formalizar a execução complementar de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS.

4.3.2 Objeto do convênio no âmbito do SUS

De acordo com o item anterior, o convênio somente pode ser utilizado para formalizar a execução complementar de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

A forma de participação no SUS e o objeto do convênio se confundem.

Essa confusão está relacionada à utilização inadequada do convênio para regular a prestação de serviços públicos de saúde.

De fato, a utilização do convênio está vinculada à finalidade da instituição privada – entidade filantrópica ou sem fins lucrativos – que o celebra e não ao objeto a ser executado – prestação de serviços de saúde.

4.3.3 A instituição privada que pode firmar convênio com o SUS

A Portaria de Consolidação nº 1/2017 (Brasil, 2017a) determina que o convênio será utilizado apenas quando a contraparte for uma instituição privada sem

fins lucrativos e entende que a preferência por essas instituições estabelecida no §1º do art. 199 da CF é absoluta devendo ser observada em qualquer situação.

Art. 130. [...]

[...]

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art.3º, § 3º)

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, §3º, I)

[...]

Entendemos que essa preferência é relativa.

Na subseção 4.1.2 apresentamos um modelo para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos que assegura a preferência no caso em que as entidades em questão apresentam indicadores equivalentes ou superiores aos apresentados por uma entidade com fins lucrativos para a execução do contrato.

4.4 Contratos de gestão

A Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) trata da qualificação e da desqualificação de entidades como “organização social”, do contrato de gestão e da sua execução, do fomento às atividades sociais e da criação do Programa Nacional de Publicização – PNP.

A análise que levaremos a efeito tem como premissa que, no âmbito do SUS, o contrato de gestão possui natureza contratual e não constitui fomento por parte do Poder Público a atividade privada de interesse público.

A natureza contratual decorre da incompatibilidade entre as determinações constitucionais do SUS estabelecidas nos arts. 197 e 199, *caput*, e §1º, da CF e a determinação da propriedade não ser estatal, não ser privada e ser pública quando tratamos de “serviço não-exclusivo de Estado” passível de publicização conforme proposto no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995).

Decorre, também, da impossibilidade de se aplicar o modelo de controle

duplo – pelo Estado e pelo mercado – tendo em vista a gratuidade dos serviços de saúde no âmbito do SUS e o controle pelo mercado ocorrer via a cobrança dos serviços.

A não configuração de fomento por parte do Poder Público à atividade desenvolvida pela Organização Social tem três fundamentos:

- a) a inexistência de deficiências da iniciativa privada a superar;
- b) a atividade da Organização Social decorre necessariamente do contrato de gestão, não havendo, portanto, atividade privada de interesse social a fomentar;
- c) encerrado o contrato de gestão, os bens cedidos pelo Poder Público à Organização Social a ele retornam e encerra-se a destinação de recursos orçamentários à entidade.

Ressaltamos que as considerações aqui feitas têm por base a Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) e que, com os ajustes necessários, podem ser aplicadas às leis estaduais e municipais que regulam a qualificação de entidades privadas como organização social e o contrato de gestão no âmbito de cada ente federativo.

4.4.1 Forma de participação no SUS

Há duas formas das instituições privadas participarem do SUS: a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde e a execução de forma complementar de ações e serviços públicos de saúde.

A execução de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar pela Organização Social pressupõe a utilização de um estabelecimento de saúde de sua titularidade para o desenvolvimento dessas ações e serviços públicos de saúde.

Admitir essa possibilidade significa afastar a necessidade da formalização de um contrato de gestão, pois o §1º do art. 199 da CF estabelece que a participação complementar das instituições privadas no SUS deve ser formalizada por contrato ou por convênio.

Ainda que se argumente que o termo contrato previsto no dispositivo constitucional o seja em seu sentido *lato* e que o contrato de gestão nele estaria contido, admitir que o contrato de gestão configura participação complementar de instituição privada no SUS contaria o objetivo da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) –

a transferência de atividades desenvolvidas por entidades e órgãos públicos para as Organizações Sociais, o que obviamente é um contrassenso.

Neste sentido, a participação de uma instituição privada no SUS por meio da formalização de um contrato de gestão necessariamente caracteriza a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

4.4.2 Objeto do contrato de gestão no âmbito do SUS

O objetivo da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) é a transferência de atividades desenvolvidas por entidades e órgãos públicos para as Organizações Sociais e o instrumento utilizado é o contrato de gestão.

A formalização de um contrato de gestão caracteriza a execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

Vimos na introdução deste capítulo que na execução indireta a instituição privada pode executar parte das ações e serviços públicos de saúde de um determinado estabelecimento ou se responsabilizar pela gestão de todo o estabelecimento e demais atividades não assistenciais, executando todas as ações e serviços de saúde desse estabelecimento.

Não parece haver dúvida quanto à possibilidade da transferência da gestão de todo o estabelecimento de saúde para uma Organização Social por meio da formalização de um contrato de gestão.

A questão que nos parece controversa é a possibilidade de se transferir para a Organização Social a gestão de um ou mais serviços de saúde executados em um estabelecimento da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas. Nessa situação, os demais serviços de saúde prestados no estabelecimento considerado serão executados diretamente pela administração pública.

Dado que o objetivo da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) é a transferência de atividades desenvolvidas por entidades e órgãos públicos, entendemos ser possível a transferência de um ou mais serviços de saúde executados em um estabelecimento da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas para uma Organização Social que os executará de maneira indireta mediante a formalização de contrato de gestão.

O Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, 2017b), que regulamenta o disposto

no art. 20 da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998), corrobora o entendimento acima.

Esse Decreto estabelece que a proposta de publicização das atividades será encaminhada com justificativa e fundamentação da conveniência e oportunidade de fazê-la acompanhada dentre outras das seguintes informações: cargos, funções, gratificações, recursos orçamentários e físicos que serão desmobilizados, quando a decisão implicar em extinção de órgão, entidade ou unidade administrativa.

Art. 7º A proposta de publicização das atividades de que trata o art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, será encaminhada pelo Ministro de Estado supervisor da área ao Ministério da Economia, devidamente justificada, e explicitará as razões que fundamentem a conveniência e a oportunidade da opção pelo modelo das organizações sociais, observado o disposto no art. 5º do Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019. (Redação dada pelo Decreto nº 11.215, de 2022)

§ 1º A fundamentação de que trata o **caput** conterá todas as informações pertinentes à tomada de decisão, entre as quais:

[...]

V - as informações sobre cargos, funções, gratificações, recursos orçamentários e físicos que serão desmobilizados, quando a decisão implicar em extinção de órgão, entidade ou unidade administrativa da administração pública federal responsável pelo desenvolvimento das atividades;

[...] (BRASIL, 2017b)

Decorre daí que a decisão de publicização das atividades pode não implicar a extinção de órgão, entidade ou unidade administrativa, o que possibilita a transferência de parte das atividades do órgão, entidade ou unidade administrativa para a Organização Social mediante a formalização de contrato de gestão.

4.4.3 A instituição privada que pode firmar contrato de gestão com o SUS

O art. 1º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) estabelece que o Poder Executivo pode qualificar como Organização Social a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cuja atividade seja dirigida à saúde e que atenda aos requisitos estabelecidos na lei.

Nosso objetivo não discutir cada um dos requisitos estabelecidos no art. 2º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) ou a composição e atribuições do Conselho de Administração ou órgão equivalente da instituição privada que busca se qualificar como Organização Social¹³.

¹³ Para uma discussão a respeito dos requisitos estabelecidos no art. 2º ou a composição e atribuições do Conselho de Administração ou órgão equivalente estabelecidos, respectivamente, nos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998) consultar Costa (2019, p. 62-89).

Nosso objetivo é compreender qual pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, pode ser qualificada como Organização Social.

Nos parece que, atendidos os requisitos estabelecidos nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998), as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos que têm preferência para participar de forma complementar do SUS segundo o §1º do art. 199 da CF são passíveis de serem qualificadas como Organização Social.

Há uma única exceção: as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público nos termos da Lei nº 9.790/1999 (BRASIL, 1999) que desejam manter essa qualificação não são passíveis de qualificação como Organização Social.

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

[...]

IX - as organizações sociais;

[...] (BRASIL, 1999)

E as fundações públicas dedicadas à saúde? Estas instituições são passíveis de serem qualificadas como Organização Social?

Segundo o Decreto-Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967), as fundações públicas possuem personalidade jurídica de direito privado e não possuem fins lucrativos.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987) (BRASIL, 1967)

O parágrafo único do art. 41 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) determina que quanto ao seu funcionamento, essas fundações seguem, no que couber, as normas estabelecidas no Código Civil.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

A leitura conjunta do art. 1º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998), desde que atendidos os requisitos estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º e 4º, e dos demais dispositivos legais citados permite concluir que as fundações públicas de direito privado são passíveis de serem qualificadas como Organização Social.

No entanto, há dois impedimentos de ordem legal à possibilidade de uma fundação pública dedicada à saúde ser qualificada como organização social.

O primeiro impedimento está no art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), que determina que a fundação pública dedicada à saúde é parte integrante do SUS.

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

O segundo impedimento está no art. 44 do Código Civil:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I - as associações;
II - as sociedades;
III - as fundações.
IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022)
VII - os empreendimentos de economia solidária. (Redação dada pela Lei nº 15.068, de 2024)

O rol de pessoas jurídicas de direito privado estabelecido neste artigo é taxativo, não admitindo expansão por qualquer método interpretativo.

De fato, ainda que não mantidas pelo Poder Público, isto é, ainda que não custeadas com recursos oriundos do orçamento público, as fundações públicas de direito privado não se enquadram na classificação de pessoa jurídica de direito privado.

4.5 Ajustes disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde ao SUS

Nesta seção apresentaremos um quadro resumo que relaciona os ajustes disponíveis – contrato administrativo, convênio e contrato de gestão – para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementares aos por ela ofertados, as formas de participação no SUS, os objetos possíveis para os ajustes e as instituições privadas que podem firmá-los.

Observamos que a instituição privada sem fins lucrativos qualificada como organização social possui as mesmas possibilidades que as não qualificadas como organização social.

Atendida a preferência pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, o Quadro 2 indica para cada tipo de instituição privada o instrumento que pode ser utilizado para a execução indireta ou complementar de ações e serviços de saúde e o objeto a ele relacionado. Destaca, ainda, se o objeto será executado em estabelecimento de saúde pertence à rede própria ou à instituição privada.

Quadro 2 - Ajustes disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde ao SUS

Estabelecimento de saúde da rede própria				
Execução indireta		Instituição com fins lucrativos	Instituição sem fins lucrativos	Instituição sem fins lucrativos qualificada como OS
Objeto do ajuste	Execução de parte dos serviços de saúde	Contrato	Contrato	Contrato ou Contrato de Gestão
	Execução de todos os serviços assistenciais e não assistenciais	-	-	Contrato de Gestão
Estabelecimento de saúde pertencente à instituição privada				
Execução complementar		Instituição com fins lucrativos	Instituição sem fins lucrativos	Instituição sem fins lucrativos qualificada como OS
Objeto do ajuste	Execução de ações e serviços de saúde complementares	Contrato	Contrato ou Convênio	Contrato ou Convênio

Fonte: Elaboração própria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Introdução declaramos que essa dissertação tem a seguinte pergunta de pesquisa: qual a natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde? Há correspondência entre a natureza dessa relação e os instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada?

A fim de compreender natureza da relação entre o SUS e as instituições privadas que a ele prestam ações e serviços de saúde percorremos um caminho que passou pela análise das portarias do Ministério da Saúde, da oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, das determinações constitucionais do SUS e da utilização de contratos de gestão firmados com instituições privadas qualificadas como organizações sociais.

As portarias emitidas pelo Ministério da Saúde para regulamentar a participação complementar da iniciativa privada no SUS estabeleceram que cabe a utilização de convênio para a formalização de ajuste com entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos quando houver interesse comum em firmar parceria para prestação de ações e serviços de saúde à população e a utilização de contrato administrativo para a formalização de ajuste com qualquer instituição privada quando se tratar da compra de ações e serviços de saúde.

Dessa forma, vincularam o tipo de instrumento ao fim lucrativo ou não lucrativo da instituição, desconsiderando o objeto da relação estabelecida – a prestação de ações e serviços de saúde e, portanto, sua natureza contratual.

Em relação à oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos mediante a formalização de convênio verificamos que tanto no caso das que não dependem do fundo público para exercer sua atividade quanto no caso das que dependem, a oferta de ações e serviços ao gestor local do SUS depende o preço a ser pago por ele, caracterizando uma relação contratual.

A análise da utilização de contratos de gestão firmados com instituições privadas qualificadas como organizações sociais no âmbito do SUS face às determinações constitucionais do sistema público de saúde nos levou à conclusão que se trata da execução indireta de ações e serviços públicos de saúde.

Tanto esse resultado quanto o relativo à oferta de ações e serviços de saúde pelas entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos mediante a formalização de

convênio implicaram o afastamento da possibilidade dessa relação caracterizar fomento por parte do Poder Público a essas entidades para a execução de serviços privados de saúde de interesse público.

Concluimos, ainda, que as determinações constitucionais do SUS estabelecem duas formas das instituições privadas participarem do sistema público de saúde:

- a) execução indireta de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas;
- b) execução de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da instituição privada em complementação aos executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros.

Essas duas formas das instituições privadas participarem do SUS implicam que o objeto da relação é a prestação de ações e serviços de saúde, que pode ser executada de forma indireta ou de forma complementar.

Decorre daí que as instituições privadas que prestam ações e serviços de saúde ao SUS devem ser remuneradas como tal.

Neste sentido, independentemente do instrumento utilizado, a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam executando ações e serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar é uma relação contratual que impõe obrigações de parte a parte.

Tendo em vista que a relação entre o SUS e as instituições privadas que dele participam executando ações e serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar é uma relação contratual, verificamos a correspondência entre a natureza dessa relação e os instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada.

Chegamos às seguintes conclusões.

O contrato administrativo pode ser utilizado para a prestação de serviços de saúde de forma indireta ou de forma complementar.

Desta forma temos que:

- a) uma instituição privada com ou sem fins lucrativos pode ser contratada para execução indireta de parte das ações e serviços

públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas;

- b) uma instituição privada com ou sem fins lucrativos pode ser contratada para a execução de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde de sua titularidade em complementação aos executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros.

O contrato de gestão somente pode ser utilizado para a execução de ações e serviços de saúde de forma indireta que pode abarcar a gestão de todo um estabelecimento de saúde.

Desta forma temos que:

- a) uma instituição privada sem fins lucrativos qualificada como organização social pode firmar contrato de gestão para a execução indireta de parte das ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas;
- b) uma instituição privada sem fins lucrativos qualificada como organização social pode firmar contrato de gestão para a execução indireta de todas as ações e serviços públicos de saúde e serviços não assistenciais em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas, assumindo assim sua gestão.

O convênio somente pode ser utilizado para a execução de ações e serviços de saúde de forma complementar.

Desta forma temos que:

- a) uma instituição filantrópica ou sem fins lucrativos pode firmar convênio com a administração pública para a execução de ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde de sua titularidade em complementação aos executados diretamente pela administração pública ou indiretamente por terceiros.

O exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos para a execução complementar de ações e serviços de saúde no âmbito do

SUS estabelecida no §1º do art. 199 da CF não foi regulamentado.

Apesar da ausência de regulamentação, a preferência é tratada como absoluta pela regulação infralegal do SUS. Pensamos que não seja absoluta. Parece ser relativa.

Concluimos que cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios suprir a lacuna legislativa e definir os critérios para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Apresentamos um modelo para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos cujos critérios foram definidos a partir de requisitos estabelecidos na Lei nº 8.080/1990 e que busca garantir a escolha da instituição privada com ou sem fins lucrativos mais adequada para a execução complementar de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

Segundo esse modelo, a preferência pela entidade filantrópica ou sem fins lucrativos deve ser assegurada se esta apresentar indicadores equivalentes ou superiores aos apresentados por uma entidade com fins lucrativos para a execução do ajuste cujo objeto é a prestação de ações e serviços complementares aos executados pela rede própria do sistema público de saúde.

Tendo em vista as conclusões apresentadas, sugerimos medidas a serem adotadas nos três níveis de governo e de gestão do SUS a fim de garantir a efetividade do direito social fundamental à saúde e superar parte das dificuldades decorrentes utilização inadequada dos instrumentos disponíveis para a incorporação de serviços de saúde próprios ou complementares ao sistema público de saúde.

Uma medida estruturante é atualizar a Lei nº 8.080/1990 para:

- a) regulamentar a execução indireta de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS, isto é, a execução por instituições privadas de parte das ações e serviços públicos de saúde em um estabelecimento de saúde da rede própria de saúde da administração pública direta ou indireta ou das fundações por ela mantidas, conforme estabelece o art. 197 da CF;
- b) definir critérios mínimos para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida no §1º do art. 199 da CF que tenham por fundamento os termos necessários à execução complementar das ações e serviços públicos de saúde;
- c) reconhecer a natureza contratual da relação entre o SUS e as

instituições privadas com ou sem fins lucrativos que a ele prestam ações e serviços de saúde de forma indireta ou complementar independentemente do instrumento utilizado para sua formalização – contrato administrativo, convênio ou contrato de gestão.

Rever a Portaria de Consolidação nº 1/2017 para:

- a) regulamentar a execução indireta de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS, conforme estabelece o art. 197 da CF;
- b) afastar a concepção de que a participação complementar das instituições privadas no SUS deve ser residual, excluindo a necessidade de comprovação da impossibilidade de ampliação da rede própria de saúde para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território;
- c) definir critérios mínimos para o exercício da preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida no §1º do art. 199 da CF de forma a torná-la relativa e não absoluta;
- d) reconhecer a natureza contratual da relação entre o SUS e as instituições privadas com ou sem fins lucrativos que a ele prestam ações e serviços de saúde de forma indireta ou complementar, desvinculando a natureza da instituição privada (com ou sem fins lucrativos) do tipo de instrumento utilizado para a formalização da relação (contrato administrativo ou convênio) e afastando um hipotético regime de parceria decorrente da natureza da instituição privada (sem fins lucrativos) ou do tipo de instrumento utilizado (convênio).

A revisão da Portaria de Consolidação nº 1/2017 pela direção nacional do SUS nos termos propostos independe da atualização da Lei nº 8.080/1990.

No âmbito dos entes federativos subnacionais, tendo por fundamento sua capacidade legislativa suplementar – art. 24, XII, e §§ 1º ao 4º da CF, no caso dos Estados e do Distrito Federal; e art. 30, I e II, da CF, no caso dos Municípios – e independentemente da atualização da Lei nº 8.080/1990 e da revisão da Portaria de Consolidação nº 1/2017, cabe a adoção de medidas mitigadoras:

- a) regulamentar a execução indireta de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS, conforme estabelece o art. 197 da CF;
- b) definir critérios para o exercício da preferência pelas entidades

- filantrópicas e as sem fins lucrativos estabelecida no §1º do art. 199 da CF que tenham por fundamento os termos necessários à execução complementar das ações e serviços públicos de saúde;
- c) reconhecer a natureza contratual da relação entre o SUS e as instituições privadas com ou sem fins lucrativos que a ele prestam ações e serviços de saúde de forma indireta ou complementar;
 - d) adotar preferencialmente o contrato administrativo para a formalização da execução indireta ou complementar de ações e serviços de saúde quando se tratar de instituição privada com fins lucrativos ou instituição privada sem fins lucrativos não qualificada como organização social;
 - e) adotar o contrato de gestão para a formalização da execução indireta de ações e serviços de saúde quando se tratar instituição privada sem fins lucrativos qualificada como organização social.

Esperamos que as medidas sugeridas possam contribuir para reduzir as dificuldades enfrentadas pelos entes federativos para garantir a provisão de ações e serviços públicos de saúde adequada à demanda da população.

Esperamos, também, que tais medidas permitam a superação dos óbices relativos ao descumprimento de dispositivos do art. 37 da Constituição Federal que trata da Administração Pública, em especial o inciso II que dispõe sobre a investidura em cargo ou emprego público e o inciso XXI que determina que a contratação de serviços se dê por meio de processo de licitação pública, e à utilização inadequada dos instrumentos disponíveis para a incorporação de ações e serviços de saúde à rede própria ou complementares ao sistema público de saúde.

Por fim, apresentamos algumas sugestões de pesquisas futuras:

- a) estudos relativos ao modelo de financiamento misto do SUS que combina valores de remuneração *per capita* fixos com valores de remuneração variáveis por produção e as falhas de mercado que pode induzir;
- b) estudos relativos às isenções fiscais no âmbito do SUS que abordem o impacto no financiamento do sistema público de saúde e potenciais subsídios cruzados em favor da prestação de serviços privados de saúde;
- c) estudos relativos ao modelo de remuneração das ações e serviços

de saúde no âmbito do SUS;

- d) estudos relativos ao modelo de orçamentação dos estabelecimentos de saúde que abordem a remuneração das ações e dos serviços de saúde prestados, mecanismos de incentivo, indicadores de desempenho;
- e) estudos relativos às decisões dos órgãos de controle externo – Tribunais de Contas – sobre os ajustes estabelecidos entre a administração pública e instituições privadas com ou sem fins lucrativos para o provimento de ações e serviços de saúde que abordem aspectos relativos à adequação dos instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada, à remuneração dos serviços prestados, aos mecanismos de incentivo, aos indicadores de desempenho e aos resultados alcançados.
- f) estudos relativos às proposições dos diversos ramos do Ministério Público acerca dos ajustes estabelecidos entre a administração pública e instituições privadas com ou sem fins lucrativos para o provimento de ações e serviços de saúde que abordem aspectos relativos à adequação dos instrumentos normativos utilizados para formalizar essa relação público-privada, à remuneração dos serviços prestados, aos mecanismos de incentivo, aos indicadores de desempenho e aos resultados alcançados.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito em contexto: problemas dogmáticos).

ARAÚJO, Luís Alberto David. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80686/84338>. Acesso em: 12 ago. 2024.

ARRETCHE, Marta. **Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização**. Rio de Janeiro: Revan, São Paulo: FAPESP; 2000.

ARROW, K. J. Uncertainty and the Welfare Economics of medical care. **The American Economic Review**; Pittsburgh, v. 53, n. 5, p. 941-973, 1963.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. p. 2348.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 nov. 1986. Seção 1, p. 17673.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990a. Seção 1, p. 18055-18059.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1990b. Seção 1, p. 25694-25695.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993a. Seção 1, p. 8269-8281.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de

suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998. Seção 1, p. 8-10.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2009. Seção 1, p. 1-4.

BRASIL. Lei nº 12.453, de 21 de julho de 2011. Constitui fonte de recursos adicional ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; altera as Leis nos 12.096, de 24 de novembro de 2009; 12.409, de 25 de maio de 2011, 10.841, de 18 de fevereiro de 2004, e 12.101, de 27 de novembro de 2009; dispõe sobre medidas de suspensão temporária de exigências de regularidade fiscal; revoga dispositivo da Lei no 12.385, de 3 de março de 2011; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jul. 2011. Seção 1, p. 1-2.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jan. 2012. Seção 1, p. 1-4.

BRASIL. Lei nº 12.868, de 15 de outubro de 2013. Altera a Lei no 12.793, de 2 de abril de 2013, para dispor sobre o financiamento de bens de consumo duráveis a beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV); constitui fonte adicional de recursos para a Caixa Econômica Federal; altera a Lei no 12.741, de 8 de dezembro de 2012, que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, para prever prazo de aplicação das sanções previstas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990; altera as Leis no 12.761, de 27 de dezembro de 2012, no 12.101, de 27 de novembro de 2009, no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no 9.615, de 24 de março de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 out. 2013. Seção 1, p. 1-4.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2021a. Seção 1 – Edição Extra – F, p. 1-23.

BRASIL. Lei Complementar nº 187, de 16 de dezembro de 2021. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes e regula os procedimentos referentes à imunidade de contribuições à seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal; altera as Leis nos 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e 9.532, de 10 de dezembro de 1997; revoga a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, e dispositivos das Leis nos 11.096, de 13 de janeiro de 2005, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 2021b. Seção 1, p. 1-5.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 71, de 2 de setembro de 1993. Aprovar o relatório apresentado ao Plenário e as respectivas mudanças na versão original submetida ao Conselho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 out. 1993b. Seção 1, p. 15790.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.286, de 26 de outubro de 1993. Dispõe sobre a explicitação de cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, Distrito Federal e o Município e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 nov. 1993c. Seção 1, p. 16475-16483.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 944, de 12 de maio de 1994. Estabelece normas gerais sobre a participação preferencial de entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde (SUS) e define o regime de parceria entre o Poder Público e essas entidades. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 maio 1994a. Seção 1, p. 7112-7114.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.695, de 23 de setembro de 1994. Estabelece normas gerais sobre a participação preferencial de entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde e define o regime de parceria entre o Poder Público e essas entidades. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 1994b. Seção 1, p. 14544-14545.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 358, de 22 de fevereiro de 2006. Institui diretrizes para contratação de serviços assistenciais no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 fev. 2006a. Seção 1, p. 40-41.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 3.277, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 dez. 2006b. Seção 1, p. 253.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.034, de 5 de maio de 2010. Dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 maio 2010. Seção 1, p. 58.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.631, de 1º de outubro de 2015. Aprova critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 out. 2015a. Seção 1, p. 38.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016. Dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2016a. Seção 1, p. 107-108.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2017a. Suplemento 190, p. 1-61.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas **Critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde**. Brasília, Ministério da Saúde, 2015b. Série Parâmetros SUS –Volume 1.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. **Manual de orientações para contratação de serviços de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2016b.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Grupo de Trabalho da Saúde. **Fundamentos básicos para atuação do MPF contra a terceirização da gestão dos serviços prestados nos estabelecimentos públicos de saúde**. Brasília: MPF, PFDC, GT Saúde, 2006c. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/midioteca/nossas-publicacoes-pfdc/pdfs/manual-fundamentos-basicos-para-atuacao-do-mpf-contra-a-terceirizacao-nos-servicos-publicos-de-saude-2006/view>. Acesso em: 12 maio 2025.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. 86p. (Documentos da Presidência da República). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 nov. 2017b. Seção 1, p. 14-16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 684.612**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL –

MÉRITO. DJe-s/n DIVULG 04-08-2023 PUBLIC 07-08-2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484369/false>. Acesso em: 7 jan. 2025.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. 42 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 3)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)**. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Hucitec, 1995.

COSTA, José Marcelo Ferreira, **Organizações sociais: Lei 9.637/1998**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: administração pública, v. 6).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004.

FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto Grau. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

Häberle, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LUCCHESI, Patrícia T. R. Descentralização do financiamento e gestão da assistência à saúde no Brasil: a implementação do Sistema Único de Saúde – Retrospectiva 1990/1995. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 14, 1996.

MACHADO, Cristiani Vieira; VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Descentralização e coordenação federativa na saúde. *In*: VIANA, Ana Luiza d'Ávila; IBÁÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon (Orgs.). **Saúde, desenvolvimento e território**. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 21-59.

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

MATOS, Carlos Alberto; POMPEU, João Cláudio. Onde estão os contratos? Análise da relação entre os prestadores privados de saúde e o SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 8, n. 2, p. 629-643, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS sob os "ventos" da financeirização. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 3, p. 841-850, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, v. 12, n. 2, ago. 2010.

PINHEIRO FILHO, Francisco Percival; SARTI, Flávia Mori. Falhas de mercado e redes em políticas públicas: desafios e possibilidades ao Sistema Único de Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, n. 11, p. 2981-2990, 2012.

SANTOS, Lenir. A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementaridade dos serviços privados a rede pública do Sistema Único de Saúde. **Saúde debate**, v. 39, n. 106, p. 815-829, jul.-set. 2015.

SÃO PAULO. Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo. Ato nº 021/2025-CP, de 21 de março de 2025. Aprova Orientações Interpretativas do Ministério Público de Contas relacionadas a repasses públicos ao Terceiro Setor. **Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, São Paulo, 25 mar. 2025. p. 23-24. Disponível em: <https://doe.tce.sp.gov.br/v/pdf/2025/03/doe-tce-2025-03-25.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2025.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; IBAÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Apresentação. *In*: VIANA, Ana Luiza d'Ávila; IBAÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon (Orgs.). **Saúde, desenvolvimento e território**. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 11-18.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Sistema Único de Saúde (SUS): características e sua inserção no contexto federativo**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Health Organization Constitution**. Geneva: WHO, 2006.