

Terceirização no âmbito da saúde pública: reflexões e parâmetros

Outsourcing in the field of public health: reflections and parameters

Marcelo Paulo Maggio¹

 <https://orcid.org/0000-0001-5284-5417>

Suéllyn Mattos Aragão²

 <https://orcid.org/0000-0002-4497-1621>

Ewerson Willi de Lima Pack³

 <https://orcid.org/0000-0002-1668-1678>

¹Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba/PR, Brasil.

²Universidade Federal do Paraná. Curitiba/PR, Brasil.

³Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba/PR, Brasil.

RESUMO

A saúde é direito fundamental, pressuposto da dignidade da pessoa humana, e possui papel de destaque na complexa realidade social que integramos, a ponto de o Estado (gênero) assumir a obrigação constitucional de garanti-la a todos. Nesse contexto e para a máxima efetividade do direito à saúde, possibilitou-se à iniciativa privada participar de forma complementar do sistema público encarregado de assegurá-lo – com preferência a entidades sem fins lucrativos, como é o caso do chamado terceiro setor. Contudo, em sintonia com o constitucionalmente previsto e a bem de sua eficácia jurídico-sanitária, as hipóteses de parcerias do setor público com o privado necessitam observar determinados parâmetros. Com o propósito de colaborar para o debate, após reflexão e sem qualquer pretensão de ordem *ex professo*, sugestões de diretrizes foram propostas neste trabalho. Para o alcance desse resultado, utilizou-se da fenomenologia ou método de Husserl, pautado por evolutivo esclarecimento de ideias e de apreensão de essências.

Palavras-Chave: Direito à Saúde; Parcerias Público-Privadas; Terceiro Setor.

ABSTRACT

Health is a fundamental right, presupposition of the dignity of the human person, and has a prominent role in the complex social reality that we integrate, to the point that the State (gender) assumes the constitutional obligation to guarantee it to all. In this context and to guarantee the maximum effectiveness of the right to health, the State has made possible for the private sector to participate in a complementary way in the public system in charge of ensuring health. The State has given preference for non-profit entities, as is the case of the so-called third sector. However, in line with what is constitutionally foreseen and for the good of its legal-sanitary effectiveness, the hypotheses of public-private partnerships need to observe certain parameters. Seeking to collaborate with the debate, after reflecting on it and without any pretension of an *ex professo* order, this article suggests some guidelines. To achieve this result, it makes use of Husserl's phenomenology or method, guided by an evolutionary clarification of ideas and apprehension of essences.

Keywords: Right to Health; Public-Private Partnerships; Third Sector.

Correspondência:

Marcelo Paulo Maggio.
marcelopmaggio@gmail.com

Recebido: 30/08/2020

Revisado: 26/05/2021

Aprovado: 19/07/2021

Conflito de interesses:

Os autores declaram não haver conflito de interesses.

Contribuição dos autores:

Todos os autores contribuíram igualmente para o desenvolvimento do artigo.

Copyright: Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam a você o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.



Introdução

Conquanto o avanço normativo inferido por meio da atual ordem constitucional em prol do direito fundamental à saúde, constata-se persistir sensível distância entre o previsto constitucionalmente em seu favor e as políticas concebidas para garantir ações e serviços de caráter sanitário em benefício da população.

De modo justo, impossível deixar de reconhecer o exitoso significado de determinadas políticas públicas, tais como as afetas aos programas de imunização, aos transplantes e à assistência de portadores de HIV/Aids. No entanto, existem diversas outras que precisam ser no mínimo aperfeiçoadas, a fim de propiciarem eficaz solução às muitas insatisfações que ainda persistem, relacionadas ao agendamento e à realização de consultas e exames especializados, ao fornecimento de adequada assistência farmacêutica, à disponibilização de leitos e à melhoria da atenção à saúde mental, a título de exemplo.

Nesses casos representativos de descontentamento socio-sanitário, percebe-se a atuação pública afastada dos valores integrantes do Estado Democrático de Direito e de regras norteadoras do direito à saúde, dessa maneira imoral, ilegal e inconstitucionalmente restringindo-os. Diante desse negativo contexto, esquece-se de que a garantia de oferta de ações e serviços de saúde deve se dar por meio de contínuos e eficientes atos de gestão, prestação e regulação, de modo a assegurar, com organização e planejamento, a proteção constitucional direcionada ao aludido direito – o qual, no Brasil, operacionaliza-se via Sistema Único de Saúde (SUS).

Em outros termos, a partir dos princípios e diretrizes orientadores desse importantíssimo sistema público de saúde, há a necessidade de a formulação e a implementação de políticas públicas se efetivarem de forma gradual, progressiva e sem indevidos retrocessos. Desse modo – considerando as constantes mudanças econômicas, sociais, culturais, políticas e científicas próprias ao desenvolvimento humano –, a seara da saúde e, por consequência, suas políticas, precisam ser constantemente revisitadas e repensadas, com o propósito de que suas iniciativas se mantenham atuais e, assim, façam frente à atenção sanitária devida a todos.

A ausência de preocupação com essas premissas concretamente tem fundada condição de gerar ameaça de lesão ou propriamente ofensa direta ao direito fundamental à saúde, ocasionando a caracterização, na esfera pública, de afronta a direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e puramente individuais indisponíveis decorrentes.

Por isso, imprescindível que as políticas públicas viabilizem ações e serviços de saúde aptos não apenas ao enfrentamento da realidade sanitária em vigor, mas também hábeis a evitar, antecipada e preventivamente, a ocorrência de infortúnios ou a configuração de resultados danosos.

Para o alcance dessas perspectivas e em decorrência de autorização constitucional e legal - art. 199 e parágrafos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988); art. 24 da Lei n. 8.080/1990 (BRASIL, Lei n. 8.080/1990) -, o direito à saúde reúne condições de, além de pelo poder público, ser também prestado pela iniciativa privada, via contrato, convênio ou parceria, quando houver demonstração da necessidade de esta colaborar para o alcance de complementação quantitativa e qualitativa das ações e dos serviços necessários a tanto. Além disso, a CF/88 estabelece expressamente a preferência de que os ajustes entre os entes públicos e as instituições privadas sejam celebrados com entidades sem fins lucrativos – integrantes do denominado **terceiro setor**.

Todavia, as hipóteses desse tipo de parceria não podem operacionalizar-se lastreadas em postura administrativa meramente discricionária. A CF/88, em seu artigo 196, é clara ao atribuir à Administração Pública o poder-dever de assumir e executar com primazia as tarefas próprias ao serviço público de saúde. Apenas complementarmente

permite-se às instituições privadas desempenharem funções dentro do campo sanitário e desde que observados, de maneira vinculada, certos parâmetros, nos termos do expressamente registrado no artigo 199, parágrafo 1º, de nosso texto fundamental, sob pena de a exceção virar regra e dar-se causa, inexoravelmente, à configuração de impropriedades ou de ilícitos, inclusive caracterizadores de atos de improbidade administrativa, a partir de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e/ou violação aos princípios norteadores da Administração Pública resultantes.

Diante desses fatores, procurou-se, neste escrito, apresentar registro das reflexões que se fizeram a esse respeito, com o propósito de colaborar com o debate em torno da questão e de contribuir para a definição de parâmetros capazes de garantir que, na área da saúde pública, as parcerias entre entes públicos e instituições privadas cumpram a finalidade retratada na ordem constitucional. Para o desenvolvimento dos argumentos, amparou-se na fenomenologia, que possibilita a sucessiva depuração da temática, aproximando-a de sua essência. Acentua-se que o método fenomenológico mostra-se capaz de favorecer a **democratização do conhecimento** e seu progresso, de modo a torná-lo mais próximo da realidade social contemporânea (GUERRA FILHO, 2001, p. 62).

Nesses termos, inicialmente e com o intuito de proporcionar adequado alicerce à estrutura que se pretendeu apresentar e defender, breves e necessários comentários foram apresentados sobre as políticas públicas de saúde, seu conceito, suas características e como precisam ser formuladas e executadas para que o trato das questões de saúde seja conduzido a partir de progressiva implementação e contínuo aprimoramento, com base no prescrito pelo texto constitucional.

Posteriormente, destacaram-se ponderações sobre a parceria público-privada no campo da saúde, procurando explicá-la e apontar determinados parâmetros a serem respeitados para que seja efetiva e resolutiva.

Sequencialmente, em função dos fundamentos expostos, discorreu-se sinteticamente quanto ao negativo cenário ainda derivado da celebração de parcerias para a execução de ações e serviços de saúde.

Ao final, foram apresentadas ponderações conclusivas a respeito da temática.

I Políticas públicas: apontamentos

Restringindo-se aos limites deste trabalho, cumpre ressaltar que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios devem dar causa a certas ações, programas, medidas e serviços tendentes a, de forma articulada, projetada e regular, operacionalizar e garantir concretude aos objetivos de ordem pública afetos a suas competências.

A seu turno, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade de assegurar tutela a certos bens, a fim de que possam restar adequada e resolutivamente usufruídos. As balizas de proteção e de respectiva concretização que lhes são inerentes devem observar a principiologia constitucional, atualmente fundada na concepção de Estado Democrático de Direito, no qual o respeito à cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem-se pontos nodais (art. 1º, II e III, CF/88).

Em vista de bens tutelados juridicamente – sobretudo aqueles de caráter social constitucionalmente protegidos, como a saúde (art. 6º, CF/88) – o poder público deve, por meio de crescente e eficiente formulação e implementação de ações, programas, medidas e serviços, garantir o acesso universal e igualitário a suas atividades.

Tais ações, programas, medidas e serviços integram a definição de políticas públicas, as quais são essenciais para que, estratégica e planejadamente, o suporte normativo constitucional e infraconstitucional ganhe eficácia jurídica e social em torno de uma finalidade ou de um objetivo determinado.

A formulação e a implantação de políticas públicas repercutem na ordem jurídica, visto que podem ser consideradas constitucionais/inconstitucionais ou legais/ilegais, ganhando realce na medida em que possuem condições de concretizar os princípios e regras que lhes dão origem e significado, protegendo e promovendo direitos. O encarregado de levá-las a efeito para garantir o direito de todos à saúde é o Estado (gênero), por meio de seus órgãos da administração tanto direta como indireta, com observância dos critérios e parâmetros dispostos na CF/88 (art. 196 e seguintes). Paralela e felizmente, cada vez mais permite-se à sociedade e aos órgãos de controle social participarem da formação e do desenvolvimento dessas políticas públicas (art. 198, III, CF/88; art. 1º, § 2º, da Lei n. 8.142/1990) (BRASIL, Lei n. 8.142/1990).

É por isso que, atualmente e a título de exemplo, o Estado deve assegurar que as ações e os serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde – de maneira integral, universal e gratuita, em todos os níveis de atenção (de básica, média e alta complexidade) – ocorram mediante a constante instituição de políticas públicas respaldadas e legitimadas pela sociedade, em especial por meio dos conselhos de saúde, nas áreas destinadas ao exercício de vigilância sanitária e epidemiológica, assistência farmacêutica e outras também essenciais à estruturação e ao aperfeiçoamento do SUS.

Conclusivamente, após afirmar que a participação do povo é indispensável à defesa do direito à saúde, Sueli Gandolfi Dallari apresenta ensino de caráter sempre atual no sentido de que:

Em suma, a defesa do direito à saúde exige, em última instância, que o Poder Judiciário verifique a participação do povo em cada momento da implementação das políticas públicas com repercussão em seu estado de saúde: desde a elaboração da lei até a prestação do serviço. É absolutamente necessário, na República e no Estado Democrático de Direito, que os operadores do direito contemporâneo examinem se as pessoas participaram da operação de tornar mais preciso o conceito de saúde naquela determinada comunidade, a fim de que ele pudesse ser utilizado pelos gestores públicos, e se elas continuaram a participar para assegurarem-se de que as ações implementadas para promover, proteger e cuidar de sua saúde atendem ao conceito democraticamente estipulado (DALLARI, 2013, p. 29).

Por isso, não basta dar origem às políticas públicas – sobretudo as relacionadas aos direitos fundamentais sociais destacados na ordem constitucional –, já que deve haver, também, contínua preocupação de que restem formuladas e executadas a contento, com o aval da participação popular, tanto pelos conselhos de saúde quanto por intermédio dos fóruns de participação popular (audiências públicas, conferências de saúde).

É claro que a concepção e a instituição de políticas públicas não se mostram hábeis a garantir a plena tutela a que faz jus a saúde. Porém, inegavelmente contribuem para sua promoção, proteção e recuperação, na medida em que favorecem a oferta e o alcance da estrutura, das ações e dos serviços reclamados pela sociedade. Importante, ainda, perceber que o atrelamento das políticas públicas à realidade social apresenta-se indispensável, no intuito de que se mantenham eficientes e coesas em relação ao objetivo maior de garantir o aperfeiçoamento gradativo de uma sociedade, cada vez mais livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88).

Ademais, as políticas públicas concretizam-se a partir de ações estatais que devem ilustrar, em sua plenitude, o destacado reconhecimento constitucional da relevância pública das ações e dos serviços de saúde (art. 197, CF/88), os quais não podem deixar de compor centralmente a agenda política estatal, sob pena de se tornarem meras promessas constitucionais, sujeitas às pressões e conjunturas políticas e econômicas.

Com a intenção de atingir escala maior de concretude na fundamentalidade inerente ao direito à saúde e a partir da percepção de que o poder público, em certa e exponencial medida, não reúne condições de atender todos os seus deveres na ordem sanitária, definiu-se ser possível a execução de políticas públicas pela iniciativa privada por intermédio de parcerias com o poder público, objeto das considerações a seguir.

II Parcerias entre entes públicos e instituições privadas no campo da saúde

O direito à saúde tem autorização constitucional para ser complementarmente garantido pela iniciativa privada, mediante contrato ou convênio celebrado com a Administração Pública, a fim de que esta possa incrementar e fortalecer suas incumbências constitucionais no campo sanitário.

No entanto, a partir desse ínsito caráter complementar (art. 199, §1, CF/88) e em virtude do pressuposto de que o direito à saúde se constitui em direito social, devido a todos e garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (arts. 6º e 196, CF/88), as ações e os serviços contratados ou conveniados precisam se submeter aos princípios e regras norteadores do SUS, assim como daqueles orientadores do Direito Público, sobretudo em virtude do prestígio e valor coletivo que possuem.

A transferência de funções estatais para a iniciativa privada no campo sanitário tem sido crescente e cada vez mais rotineira, sobretudo a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) – corte com função de ser a guardiã precípua das proposições constitucionais – reconheceu a possibilidade de o terceiro setor realizar ações e serviços de saúde, desde que adotadas certas precauções, dentre as quais:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, parágrafo 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas (STF, ADI 1923, 2015).

Desde então, a participação do setor privado vem ocorrendo com maior intensidade por meio de contratos de gestão com organizações sociais (OSs) ou termos de parceria firmados com organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips).

Contudo, em razão do exposto reconhecimento constitucional de que as ações e os serviços de saúde possuem “relevância pública” (art. 197, CF/88), aliado à importância de se preservar a supremacia do interesse público, deve-se perseguir, a todo custo,

não apenas a concretização de reais benefícios à saúde pública por meio da referida atuação complementar, mas também a proativa defesa da probidade administrativa, em especial mediante a tutela do erário e dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e motivação. Nesses termos, é imprescindível que, sobre as parcerias entre entes públicos e instituições privadas, existam **controle e fiscalização exemplares** – envolvendo suas criações e a prática das atividades que lhes são próprias –, a serem desempenhados pela sociedade, pelos conselhos de saúde, pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público e pelo Legislativo.

Talvez não por outra razão que, mesmo admitindo as parcerias na área da saúde, via descentralização por serviços – ou seja, nas situações em que o poder público dá origem à pessoa jurídica de direito público ou privado, atribuindo-lhe a titularidade e a execução de determinado serviço público –, Maria Sylvania Zanella Di Pietro tenha assinalado que:

as modalidades mais apropriadas para os serviços da área da saúde são a autarquia, a fundação ou mesmo a empresa pública (se esta for organizada como sociedade civil, sem fins lucrativos), já que se trata de serviço necessariamente gratuito (DI PIETRO, 2015, p. 233).

De qualquer modo, para os estreitos limites deste escrito, pensa-se que do sistema jurídico e do microsistema jurídico-sanitário podem ser extraídas algumas posturas ou providências com aptidão de garantir maior efetividade às parcerias entre entes públicos e instituições privadas, em especial quando concretizadas por meio de OSs ou Oscips. Tais medidas serão sugeridas na sequência.

1 Caráter complementar

As ações e os serviços de saúde possuem reconhecido valor e significado social, diante de suas conotações de fundamentalidade à existência e ao aperfeiçoamento dos seres humanos. Por isso, o caráter de relevância pública lhes está umbilicalmente vinculado e há a necessidade de ser trabalhado por meio de políticas públicas. O poder público tem o dever-poder de prestá-los de modo primário e preferencial, na medida em se que constitui sua obrigação assegurar o direito à saúde a todos, mediante políticas sociais e econômicas, bem como regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços correspondentes. Ademais, comprovado o esgotamento de sua capacidade instalada e com a finalidade de eficazmente honrar seus compromissos sanitários, poderá valer-se da atuação privada de modo complementar – tal ordem de ideias está explicitamente registrada no artigo 199, parágrafo 1º da CF/88, com a obrigação de a instituição privada crescer, integrar e somar em prol da saúde e da atividade pública. Nessas hipóteses, o Estado passa a interagir com organismos da sociedade civil de modo mais próximo, inclusive juridicamente, com o propósito de melhor produzir resultados socio sanitários.

Paralelamente e enquanto consequência, o poder público necessita, em condição de preferência, bem operacionalizá-los e executá-los, a partir do reforço de sua capacidade própria, para atingir tais finalidades. Além disso, obriga-se a estender sobre tais ações e serviços o máximo controle e domínio, diante da necessidade de qualificá-los e aproximá-los do real sentido da aludida relevância pública.

Nesse sentido, na busca de ampliar a eficácia do Estado via cooperação privada, conforme ressalta Luciane Cardoso Barzotto, a própria CF/88, no artigo 196, assinala que, em função de a saúde ser direito de todos e dever do Estado, a participação do setor privado ocorre alicerçada na complementariedade ao agir estatal, conclusivamente destacando que:

Portanto, são constitucionais as práticas amparadas pelo art. 199 da CF ao garantir a assistência à saúde como livre à iniciativa privada, mas de forma complementar do sistema único. Aqui, a

complementariedade do terceiro setor na saúde somente pode ser dimensionada pelas reflexões oportunizadas pelo princípio da subsidiariedade. A complementariedade da ação privada não significa substituição do Estado e sim cooperação entre o público e o privado (BARZOTTO, 2013, p. 240).

A questão torna-se ainda mais clara no artigo 24 da Lei n. 8.080/1990, que destaca a possibilidade de recorrer aos serviços privados quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à 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. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Assim, a execução das ações e dos serviços de saúde prioritariamente está reservada ao poder público. Apenas poderá valer-se da iniciativa privada para complementar¹, contar com o acréscimo de recursos e tornar mais totalizadora a atuação de sua rede pública de saúde, sob pena de negar eficácia ao previsto na ordem constitucional, particularmente quando esta estabelece diretrizes da assistência à saúde por meio da iniciativa privada.

Logo, o atendimento de saúde via parcerias realizadas com a iniciativa privada acaba por ser excepcional e restrito, unicamente admissível para preencher e acrescentar as estruturas da Administração Pública e quando estas se mostrarem insuficientes em face da demanda.

○ respeito a esse aspecto, porém, essa constatação não é suficiente, ainda sendo necessário demonstrar esgotamento de sua capacidade instalada.

2 Esgotamento da capacidade instalada

Enquanto consequência da referida complementariedade, impossível deixar de verificar que a parceria público-privada somente pode se perfectibilizar quando concretamente existir a demonstração, por parte dos gestores municipais, estaduais e federal da saúde, de que ações e serviços públicos próprios de saúde são efetivamente insuficientes para fazer frente à demanda. Em somatória, tais gestores necessitam comprovar a impossibilidade de ampliação da estrutura (física e de pessoal) indispensável à cobertura assistencial da população por suas respectivas responsabilidades (art. 24, Lei n. 8.080/1990; art. 130 da Portaria da Consolidação do Ministério da Saúde n. 1/2017) (MS, n. 1/2017).

Caso a Administração Pública possua condições de suprir, por meio de recursos próprios, o déficit assistencial apurado – mediante a realização de concursos e/ou de edificação (construindo e mobiliando unidades de saúde) –, não há razão plausível para se buscar o auxílio complementar do setor privado.

Por outro lado, com a concreta e efetiva demonstração de que a estrutura física e de pessoal atingiu seu grau máximo, sem exequibilidade de ampliação e não mais reunindo, em extensão e qualidade, condições de viabilizar cuidados assistenciais, passa a gestão da saúde adquirir justa causa ou motivação suficiente para buscar o apoio da iniciativa privada.

Aliás, tal preocupação apresenta-se ainda importante, pois a apuração transparente da estrutura da pessoa jurídica de direito público interno também colabora para assegurar, quando das parcerias, a real e correta separação entre os bens, os equipamentos e

servidores públicos do Estado, em comparação com aqueles integrantes do patrimônio de propriedade da entidade privada, até para evitar enriquecimento ilícito desta.

Outros requisitos, ainda, são imprescindíveis, assumindo destaque as deliberações a respeito pelos conselhos de saúde.

3 Apreciação e aprovação por parte do correspondente Conselho de Saúde

O Estado brasileiro deve assegurar que as ações e os serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde ocorram mediante a constante instituição e execução de políticas públicas legitimadas pela sociedade, derivadas, no mínimo, da concordância e contínua fiscalização dos conselhos de saúde.

Além do contexto de atuação dos conselhos, também há a possibilidade de legitimar ou não a decisão do poder público de buscar parcerias para a operacionalização de atividades e práticas de saúde submetendo-se essas hipóteses à consideração de número maior de integrantes da sociedade, via realização de audiências públicas, sem se descurar, logicamente, da relevância do debate e deliberação, quando possível, no âmbito das conferências de saúde.

Mas, de modo particular, a Magna Carta ressaltou que as ações e os serviços de saúde constituem um sistema único, organizado de acordo com a descentralização e com a participação popular (art. 198, III, CF/88), a qual, por meio dos conselhos, pode funcionar como instância consultiva, fiscalizadora e deliberativa, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, com o acréscimo de que suas decisões **serão** – portanto, com caráter de obrigatoriedade –, homologadas pelos gestores (art. 1º, §2, Lei n. 8.142/1990), salvo nas hipóteses de constatação de ilegalidade na deliberação tomada.

A efetiva participação democrática em saúde exige a movimentação das engrenagens de ordem jurídico-políticas, no intuito de favorecer sua progressiva realização, aumentar crescentemente as ocasiões nas quais o povo possa externar sua posição e colaborar para a resolução dos conflitos, assim garantindo-lhe concreta **voz e vez**, a começar pelos conselhos de saúde. Por isso, as decisões que envolvam a transferência das ações e dos serviços de saúde precisam, no mínimo, passar por amplo debate, apreciação e aprovação dos conselhos de saúde. Conquanto essa participação não detenha o poder de governar e gerir, reúne condições de estabelecer parâmetros de interesse público para a gestão, tornando mais legítimos os atos implantados pela Administração Pública e viabilizando a tomada de decisões ajustáveis e mais equacionadas à realidade social.

Além do mais, nessa apreciação, os conselhos de saúde deverão verificar se a parceria pretendida encontra-se ou não em consonância com o disposto no respectivo plano de saúde. Assim, considera-se ser este valioso instrumento de gestão, indicador dos compromissos públicos assumidos para o setor da saúde durante determinado período, servindo de base para o acompanhamento, a avaliação e a execução das ações e dos serviços de saúde e, em especial, de suas respectivas fiscalizações.

4 Indispensável fiscalização

A transferência das ações e dos serviços de saúde à iniciativa privada, em função de poder ser apenas complementarmente utilizada, torna exigível que o processo observado para sua organização, seu planejamento e sua implantação, assim como sua posterior execução, seja objeto de exemplar e integral fiscalização.

Aliás, a fundamentalidade do direito à saúde não apenas indica a importância de se assegurarem o acesso e a fruição das ações e serviços de saúde, em virtude de sua

inquestionável relevância pública, como também realça o mérito de se operacionalizarem eficientes atos de controle e fiscalização, a bem do interesse público, da eficiência e da transparência.

Nesse contexto, dignas de destaque são quatro etapas sugeridas pelo Enunciado n. 9, da Comissão Permanente de Defesa da Saúde, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais:

a **fiscalização prévia** do modelo de participação complementar, que exige lei local e compatibilidade com o sistema constitucional; a **outorga da qualificação** da entidade social, que deve respeitar os requisitos legais, princípios constitucionais como a isonomia e imparcialidade, e destinar-se a pessoas jurídicas com comprovada experiência na área de saúde; a **formalização do ajuste**, que deve conter o programa proposto e as metas a serem atingidas em determinados prazos de execução, salários e benefícios dos empregados da entidade, bem como a forma da fiscalização da Administração Direta e a **execução do contrato ou parceria**, com a análise da qualidade dos serviços prestados e a comparação entre as metas propostas e os resultados alcançados (CNPQ; GNDH; COPEDES, [2012]). (Destques no original.)

Esses módulos ou etapas de fiscalização, por acompanharem e permitirem a fiscalização desde o início do inteiro processo que culminou com a execução do contrato ou da parceria, mostram-se de grande valia para o controle exitoso da transmissão dos serviços públicos de saúde para entidades privadas e de seus reais benefícios à oferta de saúde.

5 Comprovação de vantagem qualitativa e quantitativa da parceria entre entes públicos e instituições privadas

As parcerias entre entes públicos e instituições privadas na saúde precisam passar por adequado planejamento e controle social de metas e resultados, mostrando-se necessário que se apresentem comprovadamente mais vantajosas do que a adoção de providências exclusivas por parte da gestão pública, como se pode ver no Acórdão n. 465/2019 do Tribunal de Contas da União (TCU):

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO DE FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO COORDENADA, NA MODALIDADE DE AUDITORIA DE CONFORMIDADE. GESTÃO DE RECURSOS TRANSFERIDOS PELO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE (FNS). TERCEIRIZAÇÃO DE AÇÕES E RECURSOS FINANCEIROS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS. Inexistência de estudos que demonstrassem as vantagens da terceirização da mão-de-obra em relação à contratação direta. Índícios de direcionamento na escolha de OSCIP. Ausência de detalhamento de custos para execução dos serviços ajustados no Termo de Parceria 1/2011. Não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) ao Fundo Municipal de Saúde de Itaboraí/RJ aplicados no Termo de Parceria 1/2011. Índícios de desvio de finalidade dos recursos recebidos. CITAÇÕES. AUDIÊNCIAS. REVELIA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA E DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTAS. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE CONFIANÇA E FUNÇÕES COMISSONADAS (TCU, 2019).

Infelizmente, não é isso que tem ocorrido em muitas situações. Por exemplo, a carreira pública de médicos é praticamente inexistente junto ao SUS. Os cargos não estão criados ou, quando estão, são realizados certames com remuneração inferior àquela paga quando se firmam essas parcerias, o que gera desinteresse dos profissionais da

saúde em colaborar para a melhoria do quadro público de pessoal do SUS. A partir daí, abre-se o caminho para a celebração de contratos ou termos de parceria que, via de regra, envolvem organizações que simplesmente intermedeiam mão de obra sem estrutura humana e organizacional adequada, muitas vezes explorando profissionais, pagando-lhes com atraso ou ocasionando-lhes calote. Nesse cenário, é curioso como algumas poucas entidades privadas concentram quantidade elevada de contratos em diversos municípios, por exemplo, gerando desconfiança objetiva de que dão causa a fraudes para alcançarem tais *status*. O pior de tudo nesse contexto é que nem a carreira pública dos trabalhadores da saúde é fortalecida, nem, muito menos, os usuários do sistema público são beneficiados.

Conseqüentemente, mesmo adotando-se uma posição utilitarista, qual seria o custo-benefício desses tipos de parceria entre entes públicos e instituições privadas sem adequado planejamento? Quais vantagens públicas poderiam ser constatadas? Nenhuma. Entretanto, deve haver aceitabilidade dessa parceria quando se constatar fundada evidência de que ela se apresenta capaz de aperfeiçoar a estrutura pública, enriquecendo-a e complementando-a com a sua, de maneira a viabilizar resultados otimizados e eficientes à saúde das pessoas. A esse respeito, diversos trabalhos quantitativos e qualitativos vêm trazendo exemplos positivos da atuação do terceiro setor no âmbito da saúde pública, quando os ajustes são bem organizados, planejados, fiscalizados e executados (SOARES *et al.*, 2016, p. 846; BARBOSA, 2010).

Para Quinhões, a criação de organizações sociais para gerenciar os hospitais públicos possibilitou introduzir incentivos próprios da iniciativa privada na garantia de prestação de serviços de saúde pública: os tradicionais controles procedimentais *ex ante* podem, assim, ser reduzidos, em uma conjuntura que enfoca a transparência sobre os resultados (*ex post*) e a separação entre financiamento e provisão (QUINHÕES, 2009, p. 16).

Costa *et al.* afirmam que a autonomia gerencial do terceiro setor na alocação de recursos permite que as metas sejam cumpridas com efetiva garantia de custeio. Assim, as organizações sob esse regime podem atender às demandas sem condicionar a seleção de procedimentos com base na respectiva remuneração destes, visto que as avenças celebradas preveem um pacote fechado para o cumprimento dos serviços pactuados (COSTA *et al.*, 2010, p. 262 *et. seq.*).

Conforme Soares *et al.*, a flexibilização administrativa por meio do terceiro setor pode assim ser resumida: autonomia na definição de plano de cargo e salários; regimento específico para contratação e seleção; possibilidade de complementação salarial; elaboração de normas próprias de compra e contratação; considerável liberdade de execução financeira dentro do contrato de gestão e do orçamento global dos recursos previstos (SOARES *et al.*, 2016, p. 846).

Logo, é extremamente significativo que as terceirizações sirvam para, na prática e em caráter de complementariedade, aprimorar a realização de ações e serviços de saúde, a bem da Administração Pública e, principalmente, dos pacientes. Ainda assim, é preciso atenção ao fato de que a transferência das ações e dos serviços de saúde não se pode efetivar em certos campos, como na atenção básica.

6 Impossibilidade de terceirização no âmbito da atenção básica à saúde

De forma sucinta, destaca-se que a atenção básica constitui-se no conjunto de ações e serviços restritos ao primeiro nível de proteção à saúde individual e coletiva, dentro dos planos de complexidade técnico-científica existentes em saúde pública. É capaz de prevenir doenças, alcançar o diagnóstico, promover saúde e proporcionar o tratamento e a reabilitação dos pacientes.

A atenção básica é formada pelas seguintes especialidades: clínica médica, pediatria, obstetrícia e ginecologia, inclusive as emergências referentes a essas áreas. Uma vez viabilizada sua boa organização, a quase totalidade das necessidades e problemas de saúde da população resta resolvida, assegurando, por esse motivo, os princípios e diretrizes norteadores do SUS.

A importância da atenção básica fez com que o Ministério da Saúde asseverasse:

Constitui o primeiro nível de atenção à Saúde, de acordo com o modelo adotado pelo SUS. Engloba um conjunto de ações de caráter individual ou coletivo, que envolvem a promoção da Saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação dos pacientes. Nesse nível da atenção à Saúde, o atendimento aos usuários deve seguir uma cadeia progressiva, garantindo o acesso aos cuidados e às tecnologias necessárias e adequadas à prevenção e ao enfrentamento das doenças, para prolongamento da vida. A atenção básica é o ponto de contato preferencial dos usuários com o SUS e seu primeiro contato, realizado pelas especialidades básicas de Saúde, que são: clínica médica, pediatria, obstetrícia, ginecologia, inclusive as emergências referentes a essas áreas. Cabe também à atenção básica proceder aos encaminhamentos dos usuários para os atendimentos de média e de alta complexidade. **Uma atenção básica bem organizada garante resolução de cerca de 80% das necessidades e problemas de saúde da população de um município e consolida os pressupostos do SUS: equidade, universalidade e integralidade. [...] A responsabilidade pela oferta de serviços de atenção básica a Saúde é da gestão municipal, sendo o financiamento para as ações básicas à Saúde de responsabilidade das três esferas de governo** (MS, 2005, p. 35-36). (Destques nossos.)

Por conseguinte, apresenta-se como dever indeclinável das gestões de saúde estruturar a atenção básica para cumprirem seu factual papel de acolher a demanda, atuando preventivamente – com base em dados epidemiológicos – e, quando necessário, direcionando-a a seus demais níveis de complexidade (média e alta) com maior precisão.

Desses deveres não podem dispor as esferas de governo. Para além das responsabilidades comuns a todas elas e consistentes, por exemplo, na obrigação de assegurarem “a infraestrutura adequada e com boas condições para o funcionamento das UBS, garantindo, espaço, mobiliário e equipamentos, além de acessibilidade de pessoas com deficiência”, como destaca o artigo 7º, inciso III, do Anexo XXII, da Portaria de Consolidação do MS n. 2/2017, bem como de desenvolverem

mecanismos técnicos e estratégias organizacionais de qualificação da força de trabalho para gestão e atenção à saúde, estimular e viabilizar a formação, educação permanente e continuada dos profissionais, garantir direitos trabalhistas e previdenciários, qualificar os vínculos de trabalho e implantar carreiras que associem desenvolvimento do trabalhador com qualificação dos serviços ofertados às pessoas (art. 7º, VII, Anexo XXII, Portaria de Consolidação do MS n. 2/2017) (MS, n. 2/2017)

Assim, possuem os municípios, via secretarias municipais, o dever próprio de organizar, executar e gerenciar os serviços e ações de atenção básica dentro de seu território (art. 10, I, do Anexo XXII, da Portaria de Consolidação MS n. 2/2017).

Ancorados no fato de que a atenção primária em saúde é atividade própria do sistema público de saúde, integrando o “poder de autoridade do estado”, destacam Lenir Santos e Guido Ivan de Carvalho que não pode ser transferido à iniciativa privada nos seguintes termos:

“É a situação do serviço de atenção primária (atenção básica), que não deve ser objeto de transferência ao setor privado em regime de parceria por envolver poder ordenatório próprio do Estado, dado ser um serviço estratégico que ordena os demais na rede de atenção à saúde, incumbindo-se das referências sanitárias, dos programas de promoção da saúde e proteção, dos registros da assistência realizada (prontuários e outros documentos), os quais contêm a história de saúde do cidadão, sua trajetória no sistema público, os itinerários terapêuticos (dependente de regulação assistencial), que somente podem ser atuados pelos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta” (SANTOS; CARVALHO, 2018, p. 331).

Não há, por conseguinte, espaço para a cessão de atos de organização, execução e gestão à iniciativa privada. Nesses termos, é indispensável fortalecer vínculos entre profissionais da saúde e usuários, capacitar periodicamente as equipes de atendimento, fiscalizar e acompanhar os resultados dos trabalhos desenvolvidos, investir na infraestrutura das unidades e fomentar ações interdisciplinares e retaguarda técnica em áreas afins, tais como saúde mental, nutrição, fonoaudiologia, fisioterapia, terapia ocupacional e assistência social. Dessa forma, contribui-se para que os estabelecimentos e equipamentos de média e de alta complexidade destinem-se aos casos que efetivamente lhes são correspondentes, evitando que o conhecimento e a tecnologia desses campos sejam indevidamente usufruídos.

E, nesses termos, é inviável compreender como passível de terceirização o primeiro nível de atenção em saúde à população. Assim o é, visto exemplificativamente: (i) corresponder ao mínimo que necessita ser dispensado pelos municípios a seus munícipes; (ii) competir às secretarias municipais de saúde a coordenação do componente municipal de atenção básica, no âmbito de seus limites territoriais, especialmente organizando-a, executando-a e gerenciando as ações e serviços que lhe são correspondentes (art. 10, I, da Portaria MS n. 2.436/2017) (MS, n. 2.436/2017); (iii) ser equivalente à porta de entrada preferencial dos pacientes ao Sistema Único de Saúde, assumindo a condição de política pública de grande interesse público; (iv) constituir-se em área fim, estratégica e fundamental da rede pública de saúde (v) estão nesse nível de atenção os trabalhadores da saúde detentores de maior vínculo e contato com a população, que merecem, por isso, ser valorizados, e não prejudicados, com a terceirização de mão de obra; (vi) ter a capacidade de evitar, desse modo, a privatização integral da citada rede.

Por esses fatores, acredita-se que a atenção básica à saúde deva permanecer vinculada diretamente à Administração Pública, a fim de garantir que, de forma resoluta, sua efetividade ocorra dentro do próprio serviço público, com a lembrança de também ser impossível terceirizar atos de gestão.

7 Inviabilidade de os atos de gestão serem terceirizados

A CF/88 determina, em seu artigo 198, inciso I, que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, de forma a constituir um sistema único, com direção também única em cada esfera de governo.

Acompanhando a Constituição, a Lei Orgânica da Saúde (art. 9º, I, II, III, Lei n. 8.080/1990) estabelece que os gestores exercem, em cada esfera de governo e de maneira exclusiva, a direção do SUS. Portanto, inexistente a capacidade de transferir à iniciativa privada a gestão das ações e dos serviços de saúde.

Ainda que assim não fosse, o repasse à iniciativa privada de cunho complementar necessita ser objeto de regulamentação, fiscalização e controle, e ninguém melhor para executar tais atividades, internamente no sistema, do que os próprios gestores em suas esferas de atuação, na medida em que possuem a *expertise*, os dados, elementos, métodos e setores de auditoria capazes de bem realizar tais tarefas.

Em outros termos, a participação privada no âmbito do SUS deve necessariamente contribuir para o aperfeiçoamento do sistema público de saúde, a partir da demanda, de critérios epidemiológicos, do plano de saúde em vigor e das políticas públicas estabelecidas pela gestão, respaldada o máximo possível pela participação popular, sob pena de distorcer a finalidade complementar reservada à iniciativa privada e, desse modo, gerar desrespeito às regras constitucionais e legais.

Reforça essas afirmações a expressa determinação constitucional de que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública e caráter essencial, de maneira que sua organização, seu planejamento e sua execução não podem permanecer comandados e dirigidos (*plus*) justamente por aqueles que unicamente podem, constitucionalmente, participar em caráter complementar (*minus*). Aliás, a responsabilidade de cuidar da saúde é comum à União, aos estados e municípios (art. 23, inciso II, CF/88), de maneira que a transferência de gestão da saúde não pode operacionalizar-se em favor do setor privado.

A respeito, destaque-se o Acórdão n. 2.697/2018 do TCU:

Representação. Irregularidades em convênios celebrados entre a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo e entidades do terceiro setor. *Terceirização* da gestão de políticas públicas em saúde pelo ente municipal. Recebimento indevido de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) em razão de informações inverídicas cadastradas pela entidade convenente. Determinações com vista à recomposição do FNS. Realização de despesas administrativas com recursos da atenção básica mediante autorização do Município. Desvio de objeto. Fixação de prazo para o ente recompor o Fundo Municipal de Saúde. Aplicação do entendimento firmado no Acórdão 1.072/2017-TCU-TCU-Plenário (TCU, 2018).

Infere-se de ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado (art. 199, §1º, da C.F.), permite participação de instituições privadas “de forma complementar”, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional (DI PIETRO, 2015, p. 234).

Portanto, em essência, viabiliza-se apenas a complementariedade das ações e dos serviços de saúde, sendo totalmente descabida a transferência da gestão, exceto de atos tidos como de meio.

Nesse sentido, ao se pronunciar sobre consulta apresentada pelo Ministério da Saúde – envolvendo a contratação de “empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares pelas áreas técnicas da Funasa” (Fundação Nacional de Saúde) –, o Pleno do TCU, por meio do Acórdão n. 1.184/2020, reforçou tais aspectos, ao destacar que a parceria público-privada não pode envolver a delegação de posturas de liderança, estratégia e controle próprios à Administração Pública.

A respeito, infere-se do citado acórdão:

9.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

9.2.2. preliminarmente à possível contratação de terceiros para a execução dos serviços objeto da presente consulta, é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam:

9.2.2.1. definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

9.2.2.2. adotadas as medidas necessárias para a recomposição original de sua força de trabalho, a exemplo do retorno de servidores integrantes do quadro da Fundação cedidos a outros órgão e entidades públicos;

9.2.2.3. priorizadas a execução de suas atividades essenciais de modo a compatibilizar os resultados pretendidos com a estrutura disponível;

2018, art. 3º, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:

9.2.3.1. tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

9.2.3.2. ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

9.2.3.3. típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei;

9.2.4. é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação aplicável, a depender do instrumento eleito, a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), **desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da pessoalidade e subordinação na relação**

entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

9.2.4.1 nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, as entidades filantrópicas sem fins lucrativos, para poderem ser contratadas, deverão ter os serviços mencionados no item anterior em seu rol de atribuições constante de seus estatutos sociais, os quais deverão já terem sido registrados em cartório, contendo as referidas atribuições, há pelo menos três anos, nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015. 9.2.5. é recomendável, quando devidamente fundamentada em estudos que demonstrem a carência de recursos humanos para o alcance dos resultados institucionais, a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do “lucro-incompetência”, que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados (TCU, 2020). (Destques nossos.)

Todavia, infelizmente, o cotidiano tem revelado que muitos dos aspectos apresentados, em verdade, não são observados na prática, o que contribui, inclusive, para deslegitimar e desautorizar muitas das parcerias realizadas na área sanitária, objeto de argumentos mais detalhados a seguir.

III Realidade ainda presente na transmissão dos serviços de saúde públicos

Conforme ressaltado, as parcerias entre entes públicos e instituições privadas para prestação de serviços de saúde exigem o respeito a determinados parâmetros. Dentro da complementariedade que lhe cabe, o setor privado deveria participar de maneira a incrementar, potencializar e aperfeiçoar a estrutura física e de pessoal afeta ao poder público, somando à capacidade já instalada por este seus profissionais, seus equipamentos e os recursos de que dispõe.

Não obstante, a realidade continua a revelar a confirmação, em grande intensidade, do oposto: a transferência do aparato pertencente aos entes da federação para a iniciativa privada em via de mão única, que passa a utilizá-lo e, muitas vezes, administrá-lo como se fosse de sua exclusiva propriedade. E mais: recebe e auferir lucro por isso, de maneira a assumir postura de protagonismo, quando a ordem constitucional lhe faculta a assunção de posição apenas secundária, enquanto decorrência da necessidade de sua adequada e eficaz contrapartida.

Amparados nas justificativas de impossibilidade financeira, de redução de custos, de que o Estado brasileiro deve assumir postura neoliberal e reduzir o tamanho de sua atuação e intervenção, cada vez mais os municípios, os estados e a União vêm transferindo, especialmente em prol de OSs e Oscips, ações e serviços de saúde – mesmo aqueles vinculados à atenção básica, em desconsideração de seu papel estratégico/ordenador dos demais níveis de atenção –, olvidando que a prevenção, promoção e recuperação da saúde, por sua relevância pública, devem ser, além de organizadas e planejadas, também executadas em regra pela Administração Pública.

Ainda nesse contexto, verificam-se situações nas quais o poder público, formalmente, chega a respeitar o mandamento constitucional consubstanciado na regra de que deve assegurar preferência às entidades sem fins lucrativos e filantrópicas (art. 199, §1º, CF/88). Desse modo, formaliza vínculos com Oscips a partir de seu aspecto de entidades privadas que, em tese, não têm o escopo maior e principal de lucro. Todavia, com certa frequência, verifica-se que tais entidades têm a finalidade maior – quando não única – de explorar economicamente o direito à saúde e a estrutura física e de pessoal colocada a sua disposição – muitas vezes pelo próprio Estado –, precarizando-os. Desse modo, tais organizações passam a objetivar apenas sua própria manutenção e, em especial, a obtenção de lucro, olvidando que o terceiro setor pode, sim, manter interconexões e entrelaçamentos com o poder público, mas sempre focado na qualificada realização de atividades plenamente necessárias ao contexto social (GONÇALVES, 2013, p. 168) e sanitário.

Importante afirmar que tais operações geralmente ocorrem de maneira velada, disfarçada, já que a explicitação de tais ocorrências contrariaria seus atos de constituição, além dos propósitos concebidos e atribuídos às parcerias entre entes públicos e instituições privadas. E, com esse desiderato, OSs e Oscips ainda embutem nos ajustes que celebram com o poder público **taxas de administração** para cobrir as despesas administrativas que ocorrem durante a execução do contrato de gestão ou termo de parceria, respectivamente. Desse modo, olvida-se que os custos auferidos, na realidade, são garantidos pelos repasses de recursos públicos ajustados. Justificam tal postura com a alegação de que muito gastarão administrativamente para atuar **em nome do interesse público**. Contudo, em muitos casos, observa-se que o dispêndio administrativo foi mínimo, muito aquém dos parâmetros destacados quando do ajuste e sem qualquer proporcionalidade com o valor público pago a título de taxa de administração (TCU, Acórdão 7790/2018).

Desse modo, não obstante juridicamente possível – muitas vezes necessária, podendo-se extrair da realidade alguns bons exemplos de transmissão de ações e serviços de saúde –, a complementariedade buscada junto à iniciativa privada ainda se encontra distante da prevista constitucionalmente.

Considerações finais

A implantação e a execução de políticas públicas no campo sanitário devem ser contínuas, visto que essenciais para a proteção da saúde e a defesa da vida.

Nas oportunidades em que o Estado (gênero) não consegue, comprovadamente, ofertar ações e serviços de saúde em qualidade e quantidade, a participação da iniciativa privada é admitida por nossa ordem jurídica e reconhecida pelo STF².

No entanto, compreende-se que o apoio da participação privada, para se mostrar eficaz e garantir incremento à assistência à saúde devida a todos, necessita respeitar os princípios e diretrizes norteadores do SUS, bem como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência reguladoras de atividades caracterizadas por sua relevância pública. Como se não bastasse, para sua eficaz e justa operacionalização, o apoio privado deve observar: (i) seu caráter complementar; (ii) a necessidade de ser utilizado quando houver o esgotamento da capacidade instalada do ente público; (iii) a importância de sua apreciação e aprovação pelo correspondente Conselho de Saúde; (iv) a relevância de ser objeto de contínua fiscalização; (v) a comprovação de que trará reais benefícios à sociedade e ao próprio poder público; (vi) a impossibilidade de ser empregado no âmbito da atenção básica; e (vii) o respeito à inviabilidade de os atos de gestão serem transferidos ao setor privado.

Por meio desses requisitos, acredita-se que a parceria público-privada reúne condições de se distanciar do exclusivo interesse econômico, aproximando-se, por outro lado, do propósito principal de contribuir para o aperfeiçoamento do SUS, de maneira alicerçada e próxima da jusfundamentalidade do direito à saúde.

Trata-se, portanto, de reflexões e parâmetros que se submetem a consideração com o propósito maior de enriquecer o debate e colaborar para o contínuo desafio de garantir a eficaz tutela da saúde

Referências

- BARBOSA, Nelson Bezerra; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. As organizações sociais de saúde como forma de gestão público/privado. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 5, ago. 2010, p. 2483-2495. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2010.v15n5/2483-2495/>. Acesso em: 18 maio 2021.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Terceiro setor, saúde e trabalho: entre função social e estrutura jurídica, a situação do agente comunitário de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Orgs.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 25 maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 maio 2022.
- BRASIL. *Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 25 maio 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS – CNPG; GRUPO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – GNDH; COMISSÃO PERMANENTE DE DEFESA DA SAÚDE – COPEDES. *Enunciados sobre Terceirização das Ações e Serviços de Saúde*. [2012]. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/37/copeds_2012_04_terceirizacao.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.
- COSTA, Laís Silveira *et al.* A prestação pelo setor público não estatal dos serviços de saúde pública: análise de hipóteses e potencialidades. *Revista do Serviço Público*, Brasília-DF, v. 61, n. 3, 2010. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/49>. Acesso em: 19 maio 2021.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Orgs.). *Direito sanitário em perspectiva*. Brasília-DF: ESMPU; FIOCRUZ, 2013, v. 2, p. 17-40.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da *new public governance*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. Brasília-DF: Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde e Ministério da Saúde, 2005.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS. *Portaria de Consolidação n. 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. Disponível em: http://www.portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Legislacoes/Portaria_Consolidacao_1_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS. *Portaria de Consolidação n. 2, de 03 de outubro de 2017*. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html. Acesso em: 25 maio 2022.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS. *Portaria n. 2.436, de 21 de setembro de 2017*. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2436_22_09_2017.html. Acesso em: 26 maio 2022.

QUINHÕES, Trajano A. Tavares. *O modelo de governança das organizações Sociais de saúde (OSS) e a qualidade do gasto público hospitalar corrente*. 2009. 41 f. Monografia. Finanças Públicas – XIV Prêmio Tesouro Nacional. Disponível em: www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2009_Tema4_1.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 5. ed. Campinas: Saberes, 2018.

SOARES, Gabriella Barreto *et al.* Organizações Sociais de Saúde (OSS): privatização da gestão de serviços de saúde ou solução gerencial para o SUS? *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, Brasília-DF, n. 2, p. 828-850. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5555892>. Acesso em: 19 maio 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 567988/PR*. 1ª Turma. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 05 maio 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Recurso Especial 1414669/SP*. 1ª Turma. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 20 fev. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923*. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Relator para o acórdão: Luiz Fux. Data de julgamento: 16 abr. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>. Acesso em: 25 maio 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Recurso Extraordinário 581488/RS*. Relator: Dias Toffoli. Data de julgamento: 03 dez. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 10 ago. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Acórdão 2697/2018*. Processo 000.330/2016-7. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data de julgamento: 21 nov. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Acórdão 465/2019*. Processo 004.374/2015-0. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Data de julgamento: 13 mar. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Acórdão 7790/2018*. Processo 008.934/2013-4. Segunda Câmara. Relatora: Ana Arraes. Data de julgamento: 21 ago. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Acórdão n. 1184/2020*. Relator: Augusto Nardes. Data de julgamento: 13 maio 2020.

Notas

¹O caráter complementar ora sustentado também encontra total respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conferir: *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 567988 / PR* (STJ, 2016) e *Recurso Especial 1414669/SP* (STJ, 2014). Em idêntico sentido, a complementariedade também tem reconhecimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e pode ser inferida, por exemplo, do conteúdo do voto condutor do julgamento proferido no âmbito do *Recurso Especial 581488* (STF, REsp 581488, 2015), de lavra do ministro Dias Toffoli, nos seguintes termos: “[...] Não se nega também que a saúde pública possa ser complementada pela iniciativa privada. Conforme salientado por Fernando Borges Mânica, em trabalho acadêmico, a própria Constituição Federal faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde e, ‘com isso, a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementariedade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional’ (Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. In: Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, 2009). [...] A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. [...] Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória. Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica: ‘[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementariedade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização’”.