

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**MARIA GABRIELA TURETTA DE LIMA IGNÁCIO**

**AS POTENCIALIDADES E VANTAGENS DA ADOÇÃO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE**

**CURITIBA  
2018**

**MARIA GABRIELA TURETTA DE LIMA IGNÁCIO**

**AS POTENCIALIDADES E VANTAGENS DA ADOÇÃO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Luciano Elias Reis.**

**CURITIBA  
2018**

**MARIA GABRIELA TURETTA DE LIMA IGNÁCIO**

**AS POTENCIALIDADES E VANTAGENS NA ADOÇÃO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

---

Orientador: Prof. Luciano Elias Reis

---

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Deus, que me deu energia e suporte para concluir todo esse trabalho.

Aos meus pais e irmã que me incentivaram e acreditaram em mim durante todos os anos que estive na faculdade.

Ao meu marido, pelo apoio e paciência durante todo os anos da faculdade.

Ao meu orientador Luciano Reis, pelas suas correções e incentivos.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

## RESUMO

O tema do presente trabalho são as potencialidades e vantagens na adoção da concessão administrativa na área da saúde. O que se objetiva analisar são as novidades trazidas pela Lei Federal n. 11.079 de 2004 e se sua aplicação na área da saúde gera mais eficiência na prestação dos serviços públicos de saúde. Uma das grandes barreiras para essa alternativa privada de prestação de serviços de saúde pública, é a previsão constitucional da complementariedade da participação privada, por isso a pesquisa também tem o objetivo de verificar se essa complementariedade impede a celebração de parcerias público-privadas no setor da saúde. A metodologia utilizada foi a pesquisa em doutrinas específicas, dissertações e teses de doutorado. Com base nisso, procurou-se explicitar as efetivas vantagens jurídicas obtidas pelo Poder Público na adoção do modelo das concessões administrativas na área da saúde.

**Palavras-chave:** Saúde, parcerias público-privadas, concessão administrativa, serviços públicos.

## LISTA DE SIGLAS

- ART - Artigo
- CF - Constituição Federal
- FGP - Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas
- PPPs - Parcerias Público-Privadas
- SUS - Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>9</b>
2.1 A assistência universal, integral e gratuita à saúde como dever do Estado .....	9
2.2 Complementariedade na Constituição Federal .....	13
2.3 Ausência de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde .....	19
2.4 Participação da iniciativa privada na prestação de serviços voltados a garantia da saúde pública. ....	23
<b>3 MECANISMOS PARA A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE</b> .....	<b>26</b>
3.1 Convênios .....	26
3.2 Contratos de Gestão .....	28
3.3 Termos de Parceria.....	33
3.4 Contratos de Concessão Administrativa .....	36
<b>4 ANÁLISE DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NO SETOR DA SAÚDE</b> .....	<b>41</b>
4.1 Parcerias Público-Privadas – Origem, definição e características. ....	41
4.2 Particularidades da concessão administrativa em face da concessão comum e da concessão patrocinada .....	45
4.3 Proteção do parceiro privado na prestação de serviços públicos sociais.....	49
4.4 Modelos de concessão administrativa identificadas no setor de saúde brasileiro....	51
4.5 As vantagens das concessões administrativas na saúde .....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a Parceria Público-Privada – PPP, regida pela Lei federal nº 11079 de 2004, com ênfase na modalidade de concessão administrativa.

Na Constituição da República foi a primeira vez que foi mencionado no Brasil, o Estado como detentor da prestação de assistência universal, integral e gratuita na saúde. Porém, com a reforma do aparelho estatal, o papel do Estado como prestador direto dos serviços públicos, tem sido superado. A saúde é um dos setores de serviços públicos que mais recebem demandas, ocorre que as estruturas disponibilizadas pelo Estado são insuficientes para prestar um atendimento de qualidade para todos os que procuram.

A Constituição ainda prevê no §1º do artigo 199 que as instituições privadas podem participar de forma complementar nos serviços públicos de saúde. É diante disso, que é necessário dar ênfase aos mecanismos de participação privada como prestadores de serviços públicos, principalmente as concessões administrativas. A estruturação das concessões apresenta-se como abordagem alternativa para reduzir o déficit de serviços, se viabilizando na área da saúde, por meio do contrato de concessão administrativa.

São imprescindíveis o estudo e a análise desse tipo do contrato, pela grande proteção jurídica, tanto do parceiro privado quanto do Estado, para alcançar o fim almejado. Essa proteção jurídica garantirá a segurança para a prestação e a eficiência no caso concreto. Assim, além de necessário o estudo dessa modalidade, é importante ver as vantagens do contrato de concessão administrativa, levando em análise os outros meios de participação privada e o reflexo que esse tipo de contrato irá ter na prestação do serviço.

Diante da relevância que o assunto apresenta, seu estudo é pertinente, para verificar se este instrumento trará maior eficiência para prestação de serviços públicos na saúde. Sendo assim, é necessário um maior aprofundamento teórico para analisar as Parcerias Público-Privadas por meio de contrato de concessão administrativa, como alternativa para prestação adequada e eficiente ao titular do direito de saúde.



Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas, tanto física como digitais, além de artigos científicos, publicações em periódicos e trabalhos acadêmicos. A técnica utilizada para sintetizar o conteúdo foi o fichamento e através das pesquisas foi possível verificar o entendimento e a aplicação atual das concessões administrativas.

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos, apresentando-se o primeiro as mudanças ocorridas na prestação dos serviços públicos de saúde, trazidas pela Constituição de 1988. Em decorrência disso, é analisado a previsão constitucional da complementariedade da participação privada nos serviços de saúde pública e a abrangência desse termo no direito à saúde. Abrangendo aqui a iniciativa privada na prestação dos serviços público de saúde.

No segundo capítulo é abordado os mecanismos de participação privada na prestação dos serviços públicos, abrangendo os contratos de gestão, convênios, termos de parceria e por fim o objeto do trabalho que são os contratos de concessão administrativa. Sendo possível verificar as diferenças entre eles na estruturação dos contratos públicos.

No último capítulo é feita uma análise dos contratos de concessão administrativa. Ressalta-se que a Parceria público-privada é um contrato de concessão, que pode ser na modalidade patrocinada ou administrativa. Em razão disso, é feita a diferenciação desses dois modelos, enfatizando o modelo de concessão administrativa, verificando suas garantias e aplicação prática desse modelo na área da saúde.

Por fim é feita a análise concreta das vantagens de utilizar os contratos de concessão administrativa na área da saúde, verificando que as formas de alcance do direito devem se adaptar às demandas e a realidade atual e se as concessões administrativas são instrumentos aptos a contribuir para a prestação dos serviços públicos de saúde.

## 2 SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

### 2.1 A assistência universal, integral e gratuita à saúde como dever do Estado

O reconhecimento da assistência à saúde como direito fundamental, ocorreu em meados do século XX, após a reforma sanitária<sup>1</sup>, realizando-se a consagração de um direito fundamental à saúde. A universalização do acesso aos serviços da saúde, começou em países como Inglaterra, que ampliou o sistema de seguros sociais e criou sistemas nacionais de saúde. Passou-se ao entendimento de que a saúde é um direito a ser garantido pelo Estado, conseqüentemente todos os países passaram a prestá-lo direta ou indiretamente.<sup>2</sup>

A Constituição Federal em 1988, ao elencar em seus arts. 5º e 6º<sup>3</sup>, tratou o direito à saúde como direito social e direito fundamental. Ocorreu com isso um importante avanço, ao denominar o Estado como Estado de Bem-Estar Social, um Estado que garantiria às pessoas os bens e serviços que ele mesmo teria que promover, como os serviços de saúde.<sup>4</sup> Transformando-se em bem-estar, houve a universalização do Estado, modificando-o em competente para mudar as formas de extrair recursos e aumentou a capacidade para implementar políticas públicas.<sup>5</sup>

Conforme explica Gilmar Mendes esses direitos são considerados sociais por se ligarem a reivindicações de justiça social, em que os titulares desses direitos são

---

<sup>1</sup> Reforma Sanitária: (...), “No entanto, o processo de formação de atores e instituições identificados com mudanças radicais no sistema de saúde então vigente também relaciona-se com um conjunto de aspectos que vão do desenvolvimento dos cursos de medicina preventiva a partir da década de 1950 ao fortalecimento de uma visão contrária ao regime autoritário que via, na sua derrocada, a única forma de construção de um sistema de saúde eficiente e democrático.” Para maior aprofundamento do tema: PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.21, n.1, p.15-35, jan/mar, 2014. p. 7.

<sup>2</sup> MÂNICA, Fernando, **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2010. p. 156.

<sup>3</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>4</sup> CIARLINI, Alvaro Luis de A.S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. Brasília. Editora Saraiva, 2013. p 27.

<sup>5</sup> COSTA, F.L. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da Nova República. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, p. 71-82, 1998. p. 77.

indivíduos singularizados.<sup>6</sup> Transformou, portanto, profundamente a organização da saúde no Brasil.

Daniel Hachem considera o caráter jus fundamental dos direitos sociais, demonstra que a corrente majoritária considera como fundamental o direito social relativo apenas ao mínimo existencial, porém ele se contrapõe a esse pensamento justificando que ocorrendo isso sucederá um enfraquecimento na questão jus fundamental, de modo que a pessoa para alcançar esse mínimo existencial precisaria recorrer ao judiciário, não abrangendo as pessoas que não possuem acesso ou conhecimento ao mesmo.<sup>7</sup>

Jorge Reis Novais confirma dizendo que considerando os direitos sociais apenas na medida dos recursos que o Estado vai agir, esses direitos seriam enfraquecidos. De forma que a Administração Pública deve intervir além desse mínimo existencial, para a realização máxima dos direitos fundamentais sociais, pois a própria Constituição Federal garante aos direitos sociais, sua natureza jus fundamental.<sup>8</sup>

Em 1990 foi publicada a Lei 8.080/90<sup>9</sup>, essa lei interpretando o texto constitucional, concluiu pela responsabilidade do Estado na prestação dos serviços de saúde, prestadas tanto em ambiente ambulatorial, como hospitalar ou mesmo no domicílio do paciente, dispondo sobre todas as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços.<sup>10</sup> Envolve tanto um direito individual, de não sofrer violação por terceiros, como um direito social, de obter ações para promoção, prevenção e proteção da saúde.<sup>11</sup>

Ao mesmo tempo que a Constituição trouxe a constitucionalidade ao direito social da saúde, atribui ao Estado o dever de sua garantia. Ela, em seu art. 196<sup>12</sup> prevê

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, 2007. p. 32.

<sup>7</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, UniBrasil, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. p.356- 367.

<sup>8</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais**. Portugal. Coimbra Editora, 2010. p.103- 109.

<sup>9</sup> BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em: 03 set.2017.

<sup>10</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan.-jun. 2014. p.23.

<sup>11</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, p. 21-34, jul./dez, 2011. p. 5.

<sup>12</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 21 ago.2017.

o direito de todos à saúde e determina ao Estado o dever de sua garantia, por meio de políticas públicas.

Pivetta enfatiza que após a constitucionalização dos direitos sociais, estes são consagrados direitos fundamentais e por isso há uma grande relevância nas políticas públicas. Ainda conceitua políticas públicas como sendo instrumentos de ação do Estado, com planejamento e participação popular, objetivando a atividade administrativa a realização dos objetivos constitucionais.<sup>13</sup>

Direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, pois ele ocorreu na segunda metade das efetivações das constituições.<sup>14</sup> Classificar o direito à saúde, como direito constitucional de segunda dimensão, não significa que a partir desse momento terá sua efetivação, é necessário a criação de condições tanto jurídicas quanto materiais para que se encontre a melhor prestação do serviço.<sup>15</sup> Assim, para o direito da saúde ser efetivado, é indispensável tanto a prevenção de doenças como à sua promoção por meio de políticas públicas, em que seus padrões encontram-se no texto constitucional, como direito fundamental originário, e na regulamentação infraconstitucional.<sup>16</sup> O ponto que dificulta a efetivação está no seu financiamento e não na implementação de políticas públicas eficientes.<sup>17</sup>

Há uma menor efetividade no Brasil dos direitos sociais, em relação aos demais direitos prestacionais. Ocorre que, essa tendência se dá em virtude de o direito à saúde depender de estruturas próprias para sua efetivação, pois ele irá ocorrer de maneira individualizada, de forma exclusiva e gratuita. Ou seja, atenderá a cada um de maneira diferente e não conseguirá atender a demanda de todos indistintamente, por serem problemas diferentes, as vezes de alta complexidade, as vezes de baixa complexidade.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p.94.

<sup>14</sup> “Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porquê sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.” Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer. Para maior aprofundamento do tema: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonete: **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Editora Saraiva. 2016. p.32.

<sup>15</sup> MÂNICA, 2010. p.100.

<sup>16</sup> MÂNICA, 2011. p. 6.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.17, n.67, p. 125-172, jul./set. 2008. p. 34.

<sup>18</sup> MÂNICA, 2011, op.cit., p. 11.

Quando se fala de universalidade e igualdade de acesso, entende-se que o direito à saúde é para todos, não podendo ocorrer nenhuma forma de discriminação para quem dele necessite. A universalidade não é compreendida como prestação material para toda e qualquer pessoa. Ocorre que no texto constitucional há a previsão de que a saúde deve ser prestada pelo Estado, porém, também há a previsão de que a iniciativa privada pode prestar o serviço de saúde. Ou seja, quando se fala em universalidade e igualdade de acesso, quer dizer que um desses dois modos deve prestar o serviço de saúde, mostrando que o preceito da Constituição não é um preceito absoluto. Conclui-se que os serviços públicos de saúde garantidos pelo Estado são para as pessoas incapazes de obter os serviços do mercado, não possuindo condições para arcar com os custos do atendimento e tratamento.<sup>19</sup>

A rede pública de saúde disciplinada pela Lei 8.080 /90<sup>20</sup>, prevê que universalidade não alcança somente os cidadãos brasileiros, mas também todos os estrangeiros que estiverem de passagem pelo país.<sup>21</sup>

Já a integralidade de atendimento prevista pelo art. 198<sup>22</sup> da Constituição Federal, deve ser entendida junto com o art. 7º, inciso II da Lei 8080 /90<sup>23</sup> pois como os outros dois princípios específicos, a universalidade e a igualdade, a integralidade deve ser considerada na organização de todo sistema público de saúde e não apenas na prestação de cada serviço de saúde, ou seja, é necessário garantir prestações integradas, propícias tanto para à prevenção quanto para à cura de doenças. A integralidade não pode ser considerada como efetivação de forma ideal.

Percebe-se então que a partir de 1988, no Brasil, o direito à saúde foi estendido para todos. Passou-se então a tendência de universalização do direito à saúde, tornando acessível o direito à todas as pessoas. O Estado exercendo o papel de detentor dos direitos de saúde, tornou a saúde um direito individual de cada pessoa, que beneficiava um à um, e não mais se materializando como uma forma de poder do Estado ou uma forma genérica de defesa da coletividade.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> MÂNICA, 2010. p. 133.

<sup>20</sup> BRASIL, Lei n º 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso 03 set. 2017.

<sup>21</sup> FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. 2 ed. Editora Forense. 2014. p. 6.

<sup>22</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 21 ago.2017.

<sup>23</sup> BRASIL, Lei n º 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso 03 set. 2017.

<sup>24</sup> MÂNICA, op.cit., p. 39.

A Constituição projetou com detalhes as funções do Estado em relação à garantia da saúde, conforme explicitado em seu texto: estabeleceu as diretrizes da política de saúde a ser adotada<sup>25</sup>; atribuiu à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde<sup>26</sup>; determinou que a regulamentação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei<sup>27</sup> e ainda, assumiu o dever de prestar serviços públicos de saúde, diretamente ou indiretamente, mediante a participação complementar na iniciativa privada.

## 2.2 Complementariedade na Constituição Federal

A Constituição Federal em seus arts. 197 e 199 § 1º<sup>28</sup>, prevê a complementariedade da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde. Resta fazer uma análise da extensão que o termo complementariedade alcança e até onde vai seu conteúdo constitucional.

Conforme Pivetta há no texto constitucional a previsão de que a saúde é um "direito de todos" e "dever do Estado", porém não há a exclusividade da prestação dos serviços públicos pelo Poder Público. Refere-se à serviços públicos financiados pelo Estado, podendo ser prestados pela iniciativa privada também. Ainda Pivetta faz a análise do art. 197 da CF que prevê que a saúde é de relevância pública. Evidencia, portanto, que quando houver a prestação do serviço público pela iniciativa privada irá ter a fiscalização do Estado realizada pelas agências.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Art 198 da Constituição Federal. BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 03 set.2017.

<sup>26</sup> Parágrafo primeiro, segundo e terceiro do artigo 198 da Constituição Federal. disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 03 set.2017.

<sup>27</sup> Art 197 da Constituição Federal. BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 03 set.2017.

<sup>28</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1.º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 06 set. 2017.

<sup>29</sup> PIVETTA, 2013. p. 175 – 176.

Segundo o mesmo autor, apenas pela Constituição federal não há como delimitar completamente o termo complementariedade. Porém, fica comprovado que o Estado deve ter o papel principal na prestação direta dos serviços de saúde, ou seja, em suas palavras, permita-se que o Estado preste integralmente os serviços de saúde, podendo ser complementado pelos particulares. Ficando claro que, ao contrário não aconteceria.<sup>30</sup>

No Brasil, ainda há o entendimento de domínio do controle do Estado sobre a detenção dos serviços públicos, por isso, segundo Mânica tal pensamento atrapalha a concretização de parcerias com os entes privados e a materialização de postulados para a atuação da Administração Pública, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo e colaboração da iniciativa privada.<sup>31</sup>

No ordenamento constitucional da saúde, há várias formas de efetivação do direito pela participação privada, porém colide-se com a resistência à mudança institucional, causando um atraso na história do direito à saúde brasileiro.<sup>32</sup>

É necessário interpretar o texto constitucional levando em consideração principalmente a efetivação do direito à saúde, ou seja, é preciso analisar os mecanismos de participação privada que revigorarão a prestação de serviços públicos de saúde.

Nos dizeres de Pivetta, ele discorda do pensamento de Mânica no seguinte sentido: que a opção do legislador, tanto constituinte, quanto originário, já deixou claro o modelo mais eficiente para efetivar o direito fundamental à saúde, não incumbindo nenhum juízo de conveniência ou oportunidade para utilização de serviços privados, sendo utilizados necessariamente de forma subsidiária, conforme o exposto na Constituição Federal.<sup>33</sup>

O Tribunal de Contas do Espírito Santo em seu entendimento sobre assunto, afirma que inexistente qualquer vedação constitucional à participação da iniciativa privada na área da saúde, não constituindo serviço de exclusividade do Estado. Porém afirma que deve ser prestado de forma complementar, mesmo que possa ser amplamente prestado pelo setor privado, a saúde pública deve a princípio ser prestada pelo ente federativo e somente complementada pela iniciativa privada.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> PIVETTA, 2013. p. 175 – 176.

<sup>31</sup> MÂNICA, Fernando Borges. A complementariedade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 2, p. 34-54, jan./jul, 2012. p. 4

<sup>32</sup> MÂNICA, loc. cit.

<sup>33</sup> PIVETTA, op.cit., p.183.

<sup>34</sup> RESOLUÇÃO TC Nº 216. **Tribunal de Contas do Espírito Santo**. Disponível em: <<https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/Res216-2007-1.pdf>> Acesso em: 9 mar. 2018.

No art.196 da CF: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, trata-se de uma hipótese de direito-dever. A noção de deveres fundamentais, se agrega ao princípio da solidariedade, em que toda a sociedade é responsável pela efetivação do direito à saúde. Os direitos fundamentais não são um limite para os deveres fundamentais, eles se complementam, para a proteção do direito fundamental no caso concreto.

A reforma sanitária que ocorreu antes da promulgação da Constituição de 1988, foi fundamental para o estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS), que é considerado uma garantia do direito fundamental em questão.

Para se entender melhor o termo complementariedade em relação ao setor privado na Constituição da República, deve ser levado em conta o princípio da integralidade que norteia o direito à saúde no Brasil. Quando se fala em integralidade do atendimento, determina-se que a cobertura do SUS deve ser a mais ampla possível, ou seja, os serviços públicos devem ser realizados por quem possua mais condições para efetivar melhor o direito à saúde.<sup>35</sup>

Há a possibilidade expressa na Constituição da iniciativa privada nos serviços públicos de saúde, a própria Carta Magna estabelece limites para essa iniciativa, porém quando o particular atua no lugar da Administração Pública, ele se sujeita a todos os princípios aos quais o Estado se submete na hora de garantir o direito à saúde. Dessa forma, não se pode dizer que o particular está agindo apenas em nome próprio, pois ele está agindo em nome do Estado, e na forma do Estado.

Assim Mânica, em seu artigo entende que a ideia de prestação direta dos serviços públicos de saúde pelo Estado deve ser superada, pois a Constituição busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais.<sup>36</sup> E como passaram quase 30 anos da sua promulgação, deve ser levada em conta a realidade a que ela está inserida e não apenas o entendimento obsoleto da prestação estatal direta e exclusiva.

Porém, conforme Pivetta, se alguma situação no caso concreto, em que o Estado não possa conter a demanda de serviços, irá ser efetuado o acordo com a iniciativa privada, ocorrendo a efetivação do direito.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> SARLET, 2008. p.13.

<sup>36</sup> MÂNICA, 2012. p.7.

<sup>37</sup> PIVETTA, 2013. p. 183.



Para se entender melhor o conceito de complementariedade previsto no art. 197<sup>38</sup>, é necessário compreender o sistema público de saúde como um todo, a Lei 8080 /90 em seus arts. 5º e 6º<sup>39</sup> prevê os objetivos e o campo de atuação do SUS, não fazendo distinção à forma que devem ser garantidas as prestações, mas sim que é dever do Estado garantir formulação de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos. Com esse pensamento, ressalvam-se as hipóteses de ter participação privada em todos os serviços de saúde, em que poderá escolher o melhor modelo, para a maior eficiência da prestação final.<sup>40</sup>

O Estado tem o dever de garantir o direito à saúde e não de prestá-lo sozinho, a saúde é um bem jurídico que deve ser garantido ao administrado, independentemente de ser prestado direta ou indiretamente.

O princípio da eficiência inserido pela emenda Constitucional nº 19 de 1998<sup>41</sup>, apresenta dois aspectos: o primeiro em relação ao modo de atuação do agente público, esperando o melhor desempenho nas atribuições e o segundo no modo de organizar e estruturar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar melhores resultados na prestação do serviço público.<sup>42</sup>

Ora, pensar no princípio da eficiência, é pensar na possibilidade e na amplitude que a complementariedade na prestação de serviços públicos de saúde traz, uma vez que garante os dois princípios para se concretizar o princípio da eficiência.

Há diversas disputas de argumentos para a real significância do que está previsto na Constituição, alguns acreditam que há violação constitucional quando transfere responsabilidade do Poder Público para o setor privado.<sup>43</sup> No mesmo sentido, existem inúmeras decisões do Ministério Público em diversas unidades federativas, contrárias a atuação administrativa referente a participação privada, sendo os principais argumentos de que o serviço público de saúde deve ser prestado diretamente

---

<sup>38</sup> BRASIL, Constituição da República. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 29 ago. 2017.

<sup>39</sup> BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm) > Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>40</sup> MÂNICA, 2012. p.7.

<sup>41</sup> BRASIL, emenda constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm)> Acesso em: 03 set.2017.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017. p.114.

<sup>43</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, Tribunal. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)> Acesso em: 06 set.2017.

pelo Poder Público, alegando ainda o desrespeito ao caráter complementar previsto na Constituição Federal.<sup>44</sup>

Nas palavras de Fernando Mânica, deve concluir de que não há uma limitação da esfera passível para participação privada, demonstrando a dimensão do alcance do setor privado. O que há no texto constitucional é uma forma de prestação direta, através do Estado e uma forma de prestação indireta, através da esfera privada. Assim, ao analisar o caso concreto, deve se aferir qual prestação é mais adequada para aquela situação específica.<sup>45</sup>

A Constituição Federal nos seus arts. 25 e 29, trata da autonomia política-administrativa que os Estados e Municípios possuem para sua organização. Nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas dos Municípios, também se encontram as palavras complementariedade ou similares, ou em alguns casos apenas evidenciando a possibilidade da participação privada. Com isso, pode-se perceber segundo Mânica, que não há limitação alguma para essa participação nos serviços de saúde, nem tampouco pode se dizer que há uma preferência para a prestação ser estatal.<sup>46</sup>

No entendimento do Tribunal de Contas do Espírito Santo, a Constituição prevê inúmeros princípios norteadores à atuação do SUS, ou seja, qualquer serviço que venha a integrar esse sistema deverá obedecer aos mesmos princípios. Outra limitação relatada pelo tribunal é o dever de comprovar e justificar a necessidade de complementação dos serviços ofertados pelo SUS.<sup>47</sup>

Na observância legal do SUS, na Lei Orgânica da Saúde, a previsão da participação privada complementar está no seu art. 4º<sup>48</sup>, que repete o que diz o texto constitucional sobre a complementariedade. O art. 7º da mesma lei, causa uma certa controvérsia em sua redação, tratando os serviços públicos de saúde e serviços contratados e conveniados, como se o segundo tipo não se enquadrasse em serviços públicos de saúde. Já foi mostrado esse entendimento, que independente da forma de

---

<sup>44</sup> Exemplo de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público – Processo nº 2006.61.00.009087-9, 3ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Disponível em: < <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais> > Acesso em: 06 set.2017.

<sup>45</sup> MÂNICA, 2012. p.10.

<sup>46</sup> Ibid., p.11.

<sup>47</sup> RESOLUÇÃO TC Nº 216. **Tribunal de Contas do Espírito Santo**. Disponível em: < <https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/Res216-2007-1.pdf> > Acesso em: 31 mar.2018. p. 31.

<sup>48</sup> BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm) > Acesso em: 03 set. 2017.

prestação dos serviços, sendo direta ou indireta, os serviços públicos de saúde prestados pela iniciativa privada, são considerados serviços públicos da mesma forma.<sup>49</sup>

Outro artigo que gera controvérsia da mesma lei, é o art. 24. Mânica considera inconstitucional por ocorrer a aproximação do termo complementariedade com o de subsidiariedade, enfatizando que é impossível medir a insuficiência estatal e ainda, que deve ser considerado o princípio da eficiência. Esse artigo prevê que quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população, o sistema único de saúde poderá recorrer a iniciativa privada. Tal artigo expõe a ideia de complementariedade e traz a ideia de subsidiariedade, prevendo as hipóteses de falha do dever estatal direto e deficiência do Estado, que somente assim, poderá ocorrer a participação privada.<sup>50</sup>

Esse entendimento só pode ser extraído do referido artigo, pois a complementariedade prevista na Constituição Federal, deixa claro que em nenhum momento refere-se ao caráter da subsidiariedade. No setor da saúde, que é diverso dos outros setores econômicos, não há aplicação do princípio da subsidiariedade<sup>51</sup> no sentido de que o Estado intervém nos casos em que a sociedade não possui condições de arcar com suas necessidades.<sup>52</sup> Devem ser consideradas as ideias fundamentais de que o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por ele próprio, e além disso dar o apoio necessário para o parceiro privado, ocorrendo a eficiência da prestação final.<sup>53</sup>

Já Pivetta, diz que esse argumento não pode sustentar essa tese, uma vez que é possível verificar a insuficiência estatal, por exemplo através da falta de leitos em hospitais. Já em relação ao princípio da eficiência, ele questiona: Como saber se a iniciativa privada será mais eficiente?<sup>54</sup>

Essa complementariedade da participação privada nos serviços públicos de saúde, reconhece a possibilidade de delegação dos serviços de saúde a particulares,

---

<sup>49</sup> MÂNICA, 2012. p. 14

<sup>50</sup> MÂNICA, 2010. p. 173.

<sup>51</sup> "O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção de Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do Estado. Ele se desenvolveu em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas Rerum Novarum (1891), de Leão XIII, Quadragesimo Anno (1931), do Papa Pio XI, Mater et Magistra (1961), de João XXIII, e, mais recentemente, Centesimus Annus (1991), de João Paulo II." Para maior aprofundamento: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. p.33.

<sup>52</sup> MÂNICA, 2010, op.cit. p. 15.

<sup>53</sup> DI PIETRO, 2017. p.33.

<sup>54</sup> PIVETTA, 2013. p.181.

que serão instrumentalizados por parcerias realizadas com a iniciativa privada.<sup>55</sup> Sendo as parcerias vistas como instrumentos de alcance do direito, não tendo mais a separação de serviços públicos com titularidade do Estado e os serviços públicos prestados pela esfera privada.

A previsão constitucional do direito à saúde, oferece exatamente a possibilidade de modernização da Administração Pública, através da participação consensual da iniciativa privada. Mesmo que haja diversos entendimentos contrários sobre a complementariedade, a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade atual inserida e a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Nas palavras de Mânica, através da análise de todos os dispositivos legais expostos, o objetivo é promover uma participação privada que fortaleça o sistema público de saúde e reforce a capacidade estatal de efetivar direito.<sup>56</sup>

### 2.3 Ausência de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde

No Brasil, conforme dita Costa, o Estado não consegue assegurar a efetividade dos direitos e garantias que os indivíduos necessitam, para promover expectativas estáveis, ou seja comportamentos que trará uma ordem para a sociedade.<sup>57</sup>

A Reforma do Estado vem para necessariamente alterar o padrão das relações do Estado com a sociedade, de forma que utilize da melhor maneira os recursos alocados e aumente a capacidade para implementar políticas públicas capazes de superar a crise que ele está inserido.<sup>58</sup> Ainda, ela veio como uma forma para que a vontade dos sujeitos se realize.

A Reforma ocorreu a partir dos anos 90, com a Nova Gestão Pública, que se caracteriza por construir um modelo organizacional mais flexível e uma gestão para resultados, que muda o foco das políticas públicas, que antes se preocupavam mais

---

<sup>55</sup> MÂNICA, 2010., p. 22.

<sup>56</sup> Ibid., p. 159.

<sup>57</sup> COSTA, 1998. p. 74.

<sup>58</sup> Ibid., p. 77.

com os procedimentos, e agora o foco são os resultados. Além de novas formas de *accountability*.<sup>59</sup>

O modelo organizacional mais flexível, está relacionado com o pluralismo institucional, ou seja, diversos modelos de prover os serviços públicos, ocorrendo uma forma de descentralização, para criar novos modelos de relacionamento entre o Estado e a sociedade.<sup>60</sup>

Essa gestão para resultados, muda o eixo das políticas públicas, uma vez que promove a flexibilização na gestão das atividades, deixando a preocupação do formalismo e da rigidez burocrática, e colocando como ponto central as metas e objetivos que devem ser atingidos. Muda o tratamento com os cidadãos, transformando-os em clientes, cuja as necessidades devem ser satisfeitas pelo serviço público com máxima eficiência.<sup>61</sup>

Porém, com essa flexibilização, é necessário maior controle, por isso o termo *accountability*, esse controle já havia sido previsto no Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995, que traz a ideia de transparência e prestação de contas, além de demonstrar o desempenho e eficiência na prestação dos serviços públicos.<sup>62</sup>

Ou seja, esse Plano Diretor reconheceu que a Reforma do Estado contempla, dentre outras, a inovação dos instrumentos de política social, para promover a melhor eficiência dos serviços sociais, além da implementação com maior qualidade de políticas públicas.<sup>63</sup>

A nova Administração Pública, conforme o pensamento de Ewan, é caracterizado pela importação de ideias decorridas do setor privado, aplicadas nas organizações dos serviços públicos.<sup>64</sup> Ou seja, uma ideia de desestatização e racionalização.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> CARRERA, M. B. M. **Parceria público-privada na saúde no Brasil: Estudo de caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – Bahia**. 105 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. p.21.

<sup>60</sup> Ibid., p.23.

<sup>61</sup> ANGELIS, Cristiano Trindade. A emergência da Reforma do Estado Brasileiro: a governança compartilhada e o modelo do novo serviço público. **Revista Planejamento e Políticas Públicas do IPEA**. Brasília, n. 45, p. 13-45, julho/dezembro, 2015. p.32.

<sup>62</sup> CARRERA, op.cit. p.24.

<sup>63</sup> COSTA, 1998. p. 80.

<sup>64</sup> FERLIE, Ewan. **A nova administração pública em ação**. Brasília. Editora Unb. 1999. p. 25.

<sup>65</sup> COSTA, op.cit. p. 80.

Todos os seres humanos possuem necessidades inerentes ao seu ser, há uma tendência para que essas necessidades sejam desempenhadas por processos coletivos, como meio para suprir as carências dos indivíduos e com isso, essa necessidade individual de cada um, passa ser uma necessidade coletiva.<sup>66</sup>

Essas necessidades precisam de um agente representando esse interesse coletivo, nascendo assim o Estado, que tem como objetivo a garantia do bem-estar social. Enfatizando as necessidades públicas, são todas aquelas que se satisfazem pelos serviços públicos, promovidas através da intervenção do Estado, sendo um exemplo a saúde.<sup>67</sup>

Com isso, vem a noção de serviço público como meio para satisfazer as necessidades coletivas de caráter público. Porém se levar na literalidade, o Estado como o único garantidor do bem-estar social, apenas ele como meio de satisfação principal, esse instituto entraria em crise. Só não entrará em crise se o Estado moderno além de conseguir recursos para atender as necessidades públicas, atuar na definição, orientação e fiscalização para a distribuição social desses bens.<sup>68</sup> Ou seja, deve se ter em mente que o Estado possui a função de promover também os meios que irão permitir a satisfação dessas necessidades, e não apenas prestá-los.

A promoção pode ser feita através das prestações administrativas, que destina a assegurar a própria existência da sociedade, uma vez que essas prestações abrigam toda forma de oferecimento de comodidade que o administrado usufrui.<sup>69</sup>

A saúde é um direito social, que compõe o conjunto de direitos que exigem a realização de prestações de serviços por parte do Estado, com o objetivo de suprir os anseios de cada indivíduo. O Estado é limitado pelo direito fundamental de prestação, que irá abranger os direitos prestacionais, que é a condição material para o exercício das liberdades, entendendo-se liberdade como o exercício do que lhe foi garantido pela própria Constituição Federal. Os direitos sociais são prestações positivas que o Estado proporciona, concretizando sua função de equilibrar as disparidades sociais.<sup>70</sup>

De modo que, fica claro que esse direito é irrenunciável, refletindo tanto nas prestações diretas como indiretas por parte do Poder Público. Esse Estado prestador

---

<sup>66</sup> BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. 2 ed. Editora Saraiva. 2016. p. 15.

<sup>67</sup> Ibid., p. 17.

<sup>68</sup> Ibid., p. 17.

<sup>69</sup> Ibid., p. 18.

<sup>70</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo. Editora Atlas, 2013. p. 79.

de serviços tem o fim de colocar-se à disposição das pessoas, sendo consideradas individualmente, mas também na sua vida em comunidade, dentre esses serviços está principalmente o direito à saúde.<sup>71</sup>

O Estado passa a ter um papel de garantidor e protetor, não como protagonista das prestações positivas, mas como o organizador que irá garantir que cada pessoa tenha seu direito assegurado. Não significa que ele diretamente preste a atividade necessária, mas que possua a obrigação de projetar, ordenar, as formas de prestações para um fim satisfatório.<sup>72</sup>

Essa mudança do Estado Liberal para o Estado Social acarretou em transformações nas funções administrativas do Estado. Pois, uma Administração que era considerado ameaçadora dos direitos dos particulares, passou então a ser o principal meio de satisfazer as necessidades do meio social. Essa se torna então a maior característica do Estado de bem-estar social, um estado prestador de políticas públicas.<sup>73</sup>

O Estado visa garantir os direitos fundamentais individuais, não se preocupando apenas com a prestação desses serviços, mas sim com a garantia. Esse é o ponto principal a ser tratado, ao interpretar a Constituição deve se levar em conta a realidade e assim objetivar a máxima efetivação dos direitos fundamentais. De modo que, como já falado no capítulo destinado a Complementariedade da participação privada na saúde, prevista na Constituição Federal, há a previsão da prestação de forma direta e indireta, devendo ser analisado o caso concreto e verificar qual melhor se amolda naquela ocasião.

A provocação trazida pela Nova Gestão Pública, nos dizeres de Carrera, é exatamente para concretizar o Estado do bem-estar social, garantindo a prestação de serviços públicos de saúde. Não sendo necessário que se faça de forma direta, mas sim que ocorra a entrega, a efetivação no caso concreto, mesmo que de forma indireta. Para isso, há uma tendência para as parcerias com o Estado, para com isso desenvolver um melhor atendimento na área da saúde.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> LIBERATI, 2013. p. 80.

<sup>72</sup> CARRERA, 2012.p..21.

<sup>73</sup> Ibid., p. 86.

<sup>74</sup> Ibid., p. 32.

## 2.4 Participação da iniciativa privada na prestação de serviços voltados a garantia da saúde pública.

Um dos grandes objetivos dos Estados na pós-modernidade é o alcance do direito à saúde. A globalização com suas mudanças de padrões da sociedade, das doenças, exigiu do Estado uma postura diferente para que conseguisse suprir essa demanda. Como já falado, uma das soluções para essa modernização foi a reforma sanitária, que incluiu os contratos de parceria <sup>75</sup> com a iniciativa privada.<sup>76</sup>

As parcerias na saúde podem ser conceituadas como qualquer relação jurídica que visa a promoção, recuperação e proteção da saúde, incluindo a formulação de políticas públicas e ações de vigilância. Ocorre que a parceria que se interessa para o presente estudo, são as parcerias em sentido estrito, que seriam os ajustes celebrados entre o Poder Público e a iniciativa privada para prestação de serviços de assistência à saúde.<sup>77</sup>

Com a Nova Gestão Pública, no Brasil, as parcerias com a iniciativa privada começaram com a adoção de convênios e contratos por meio de credenciamento. Só recentemente que foram instituídos o contrato de gestão e os contratos de concessões administrativas.

Ocorre que mesmo que ainda há uma dificuldade na aceitação dessas parcerias no Brasil, em suma, deve se ter em mente que não há a não responsabilização do Estado e nem há uma privatização do setor da saúde, conforme os dizeres de Mânica. Mas sim, uma forma de fortalecer o Estado, para aumentar a eficiência na prestação dos serviços públicos de saúde, concretizando um dos seus principais deveres.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> “Parceria, em sentido técnico-jurídico, corresponde ao conjunto de relações em que as partes envolvidas, sem formar uma nova pessoa jurídica, somam esforços de modo voluntário, ordenado e estável, com objetivo de obter benefícios mútuos ou oferecê-los a terceiros.” Para maior aprofundamento: MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. > Acesso em: 12 jan.2018.

<sup>76</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória. Editora Emescam, p.215-252, 2016. p.1.

<sup>77</sup> Ibid., p.4.

<sup>78</sup> Ibid., p.2.



Como já falado, há a previsão da forma complementar da participação privada na saúde pública no art. 99<sup>79</sup> da Constituição Federal, é possível verificar com base na leitura do dispositivo, que não há qualquer limitação à atuação privada comparando com a atuação estatal direta, apenas há duas opções para ocorrer a prestação.<sup>80</sup> Como no Brasil o Estado tem o dever de prestar a assistência à saúde de forma universal e gratuita, quando se fala na complementariedade é um modo duplicado de prestação dos serviços e não uma forma alternativa.<sup>81</sup>

Conforme dita Mânica, a prestação de serviços públicos por particulares pode ter como objeto um serviço relacionado à atividade-fim de uma entidade ou órgão público que presta serviços; além da prestação por uma unidade privada dotada de infraestrutura capaz de desenvolver as atividades listadas, e ainda, toda a gestão de uma unidade pública de saúde, incluindo todas as atividades.<sup>82</sup>

A Constituição da República no parágrafo único do art. 199<sup>83</sup>, prevê a possibilidade de as instituições privadas poderem participar de forma complementar. Há ainda na segunda parte do seu dispositivo, a preferência pelas entidades filantrópicas e pelas sem fins lucrativos, que se configuram como pessoas jurídicas do direito privado em que não há distribuição de lucro entre seus associados. Essas entidades podendo ter resultados positivos, mas não a distribuição do lucro.

No art. 197<sup>84</sup>, há a previsão da participação de terceiros, abrangendo tanto as pessoas jurídicas, quanto as pessoas físicas nas ações e serviços de saúde.<sup>85</sup> Ou seja, podem ser prestados tanto pela estrutura administrativa estatal direta, quanto pela indireta. Há uma faculdade presente nesse dispositivo, em que pode se escolher se as execuções dos serviços serão pela iniciativa privada.<sup>86</sup> A expressão prevista no

---

<sup>79</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 02 out. 2017.

<sup>80</sup> MÂNICA, 2010. p. 165.

<sup>81</sup> Ibid., p.169.

<sup>82</sup> Ibid., p.169.

<sup>83</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 02 out.2017.

<sup>84</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 02 de Outubro de 2017.

<sup>85</sup> MÂNICA, op.cit. p. 179.

<sup>86</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acesso em: 12 jan.2018.

artigo de “prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros”, traz a ideia de terceirização das atividades-fim do Estado, especificamente da prestação de saúde.

Além disso, analisando o art. 199<sup>87</sup>, a sua expressão “delegação de serviços públicos de saúde por meio de contratos de direito público e convênios”. Também está relacionada a atividade-fim da Administração Pública, ou seja, também traz a ideia de terceirização,<sup>88</sup>

No momento oportuno será explicitado cada modalidade de participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, que a própria Constituição Federal faz referência em seus artigos, aos “contratos de direito público” e os “convênios”.

Os contratos de direito público, que pode ser assim classificado pois de um lado dos polos estará a Administração pública, é um acordo vinculativo, que possui declarações de vontades, que irá regulamentar a relação entre as partes envolvidas, sendo o objetivo do Estado já previamente ajustado.<sup>89</sup> Dentre os contratos de direito público estão: os contratos de concessão administrativa, os contratos de gestão e os termos de parceria.

Já os convênios, conforme conceitua Mauro Sérgio dos Santos, é a forma de cooperação pela qual determinada entidade pública une seus esforços com outras entidades, com a finalidade de alcançarem objetivos em comum.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 02 out.2017.

<sup>88</sup> MANICA, 2010, p. 195.

<sup>89</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acesso em: 12 jan.2018.

<sup>90</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo** Rio de Janeiro. Editora Forense, 2012. p. 639.

### 3 MECANISMOS PARA A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE.

#### 3.1 Convênios

O parágrafo primeiro do art.199<sup>91</sup> da Constituição Federal, prevê a figura dos convênios como uma modalidade de vínculo apto a efetivar a participação privada nos serviços públicos de saúde. Convênio é um acordo entre dois ou mais sujeitos, sendo que pelo menos um deles deve ser a Administração Pública, que se juntam para atuar conjuntamente para satisfazer o interesse coletivo, sem cunho lucrativo.<sup>92</sup> O objetivo é atingirem metas de interesse comum.<sup>93</sup>

Outra forma de entender esse conceito, é a ideia de ajustes em que haja colaboração e cooperação entre as partes para a obtenção de uma finalidade comum, podendo ser pública ou privada.<sup>94</sup>

Há três tipos de convênios que foram construídos a partir desse conceito. Os “convênios públicos” que eram os únicos existentes quando promulgada a Constituição<sup>95</sup>, os “convênios privados” e os “convênios público-privadas”, sendo esse último o objeto de estudo da participação privada nos serviços públicos de saúde.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 02 out.2017.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

<sup>93</sup> PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4.ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014. p. 425.

<sup>94</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acesso em: 04 abr.2018. p.17.

<sup>95</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>96</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acesso em: 04 abr.2018. p.17.

O art. 241 da Constituição Federal<sup>97</sup>, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e o Municípios disciplinarão sobre os convênios através de lei, sendo a autorização para realização do acordo, além de todos os encargos e serviços nele envolvido, decorrentes dos entes citados.<sup>98</sup>

Na Constituição Federal, há a previsão de convênios em diversos artigos<sup>99</sup>, e todos eles referem-se à ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de ajuste com o setor privado, é referente a área da saúde, especificamente no artigo 199 da Constituição Federal.<sup>100</sup>

A assistência à saúde pode ser prestada pela iniciativa privada, o próprio artigo menciona a possibilidade de complementar o Sistema Único de Saúde, através de contrato de direito público e convênio.<sup>101</sup>

É possível verificar que essa modalidade de ajuste prevista constitucionalmente, não tem o objetivo de regulamentar a prestação de serviços públicos de saúde, mas sim fomentar a prestação privada. De modo que, essa forma de convênio para prestação dos serviços público de saúde deve ser afastada, pois não verifica a compatibilidade com os contratos administrativos.<sup>102</sup>

Os convênios possuem natureza de ato administrativo, além do regime jurídico diferente, há outros pontos que comprovem essa natureza, como por exemplo nos convênios predominam a consensualidade e o interesse para alcançar um objetivo em comum, de modo que há uma igualdade entre as partes nos convênios.<sup>103</sup> Com isso, é possível perceber uma principal característica que diferenciam os convênios dos contratos, pois neste último os participantes possuem interesses diversos entre si, enquanto nos convênios, os interesses coincidem entre si.<sup>104</sup>

Portanto, não pode se confundir convênios administrativos com contratos administrativos, sendo que o contrato administrativo possui todo um arcabouço para que

---

<sup>97</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>98</sup> PESTANA, 2014. p. 425.

<sup>99</sup> Art. 37 – XXII, Art. 39 § 2, Art. 71- VI e Art. 241. BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988..Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 02 out2017.

<sup>100</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>101</sup> PESTANA, op.cit. p. 425.

<sup>102</sup> MÂNICA, 2010. p. 225.

<sup>103</sup> REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo – Instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado**. Curitiba. Editora Juruá, 2013. p. 93.

<sup>104</sup> Ibid., p. 95.

ocorra a sua segurança jurídica, dentre os quais está a sujeição a Lei. 8666 /93<sup>105</sup>, mesmo que em seu art.116 prevê a possibilidade de aplicação da lei de licitações, no que couber aos convênios, a expressão “no que couber” dá espaço para que muitas coisas que estão na lei, não sejam aplicadas.<sup>106</sup>

E ainda, em relação a permanência dos partícipes nos convênios, é possível a saída a qualquer momento, o que gera uma insegurança, pois afetará o interesse coletivo, por uma mera voluntariedade do agente.<sup>107</sup>

Ou seja, os contratos administrativos geram dever para ambas as partes, já os convênios possuem interesses antagônicos. Magalhães enfatiza que mesmo que os argumentos da doutrina negam a natureza contratual do convênio, utilizar a justificativa de contraposição de interesses não é suficiente, pois esta não é condição de existência do contrato. Afirma, portanto, que convênio é uma espécie de contrato administrativo em que o contratado não pode auferir lucro.<sup>108</sup>

Conforme estudo do Tribunal de Contas de São Paulo, os convênios eram umas das formas mais tradicionais de participação da sociedade civil na prestação dos serviços públicos, até que surgiu as Leis Federais que instituíram os Contratos de Gestão e os Termos de Parcerias.<sup>109</sup>

### 3.2 Contratos de Gestão

Essa modalidade foi criada pela Lei 9637/98<sup>110</sup>, e é considerado um tipo de concessão de serviços públicos de saúde, uma vez que é feito a transferência da gestão do serviço para uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como organização social. No art.5º da referida lei, ele é conceituado como o instrumento entre o

---

<sup>105</sup> LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em 02 out. 2017.

<sup>106</sup> MÂNICA, 2010. p. 225.

<sup>107</sup> REIS, 2013. p. 101-103.

<sup>108</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios administrativos**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/convenios-administrativos/10158>> Acesso em: 31 mar.2018.

<sup>109</sup> RESOLUÇÃO TC Nº 216. **Tribunal de Contas do Espírito Santo**. Disponível em: < <https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/Res216-2007-1.pdf>> Acesso em: 31 mar.2018.

<sup>110</sup> BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)> Acesso em: 19 out. 2017.

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, dentre outras, à saúde.

A criação dessa lei foi influenciada devido a experiência satisfatória que ocorreu com a *Rede Sarah Kubitschek de Hospitais do Aparelho Locomotor*. Começou primeiramente com a Lei 3736/60<sup>111</sup>, que autorizou a chamada incorporação da Associação das Pioneiras Sociais, para atuação em áreas como assistência médica, social e moral. Após a Lei 8246/91, instituiu o Serviço Social Autônomo das Pioneiras Sociais, sendo restrita para área da saúde. Essa Lei veio para flexibilizar o regime que tinha sido imposto pela Constituição Federal, para a Administração Pública.<sup>112</sup>

Com a celebração do contrato de gestão com a Rede de hospitais em questão, trouxe a possibilidade de trazer, nas palavras de Mânica, uma administração mais compatível com os objetivos e finalidades da unidade de saúde.<sup>113</sup> O grande sucesso da Rede Sarah influenciou a lei, que regulamenta dentre outras coisas, os contratos de gestão.

A lei disporá sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos e obrigações e responsabilidade dos dirigentes e a remuneração do pessoal.<sup>114</sup>

Esses contratos são celebrados em comum acordo entre as partes, sendo que em um polo ficará o Estado e na outra as Organizações Sociais, com isso verifica-se que ele possui também uma característica de parceria, nas palavras de Coutinho, uma vez que substitui a hierarquia das relações entre Estado e particular.<sup>115</sup>

As Organizações Sociais fazem parte do terceiro setor, pessoa jurídica de direito privado, caracterizadas como entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos<sup>116</sup>. Elas não são consideradas propriedade do Estado, nem propriedade privada, elas possuem autorização específica do Poder legislativo para celebrarem contrato de gestão com o Estado. Esse contrato será desempenhado pela entidade pri-

---

<sup>111</sup> BRASIL, Lei nº 3.736, de 22 de março de 1960, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3736.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3736.htm) > Acesso em: 12 out.2017.

<sup>112</sup> MÂNICA, 2010. p. 244-245.

<sup>113</sup> Ibid., p. 245.

<sup>114</sup> PESTANA, 2014. p. 429.

<sup>115</sup> COUTINHO, Nina Novaes. As organizações sociais e o contrato de gestão. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 25-40, maio/agosto, 2006.

<sup>116</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 413.

vada, assumindo todos os riscos e recebendo a remuneração, em decorrência daquele gerenciamento de atividades.<sup>117</sup>Elas são declaradas entidades de interesse social e utilidade pública.<sup>118</sup>

O objetivo desses contratos é a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas, conforme prevê o art. 5 da Lei 9637/98<sup>119</sup>, ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, principalmente.<sup>120</sup>

Conforme explica Cintia Barudi Lopes, nesse tipo de contrato o Poder Público constrói o hospital, a unidade de atendimento ou de diagnóstico. Ainda, a Administração Pública planeja o serviço a ser executado pela Organização Social, além de definir as metas a serem alcançadas.<sup>121</sup>

Esse contrato tem natureza de contrato administrativo, por isso deve seguir todos os princípios relacionados a esses contratos, dentre os quais estão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

Como as Organizações Sociais vivem basicamente dos recursos orçamentários, não seriam elas a solução para o financiamento das demandas sociais no país. Apenas deve ser vista, como uma estratégia do governo para melhor utilização dos recursos públicos escassos.<sup>122</sup>

Ainda os contratos de gestão, não possuem a segurança jurídica que outros tipos de contratos administrativos possuem, como a obrigatoriedade da realização de licitação, conforme previsto na Lei 8666/93 em seu Art. 24<sup>123</sup>, que há a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas para atividades prestadas por contratos de gestão.

Conforme o pensamento de Marinela, esse tipo de contrato possui características ainda não muito bem definidas, que possui alguma dificuldade para se adaptar ao ordenamento jurídico brasileiro. Primeira delas é a possibilidade de contrato de gestão celebrado entre órgãos públicos, não podendo se tratar de um contrato em

---

<sup>117</sup> RODRIGUES, Maria Cecília Prates. Demandas Sociais versus crise de financiamento: o papel do terceiro setor no Brasil. **Revista da FGV**, Rio de Janeiro, v.5, n.5, p.25-67, set/out, 1998. p. 33.

<sup>118</sup> PESTANA, 2014. p. 429.

<sup>119</sup> BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)> Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>120</sup> PESTANA, op.cit. p. 429.

<sup>121</sup> LOPES, 2016. p.71.

<sup>122</sup> RODRIGUES, op.cit. p. 33.

<sup>123</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 disponível em : < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 09 out. 2017.

sentido estrito, pois, órgão público não é dotado de personalidade jurídica, não podendo ser sujeito de direitos e obrigações. Por isso, há o pensamento de que não pode ser admitido esse tipo de contrato, pois, como não podem ser sujeitos de direitos e obrigações, não poderão ser responsabilizados pelos possíveis prejuízos dessa relação.<sup>124</sup>

O segundo problema, está pautado no princípio de que a vontade da Administração Pública e dos seus administrados se confundem, de modo que quando a Administração age, ela age em nome dos administrados. Portanto a possibilidade de celebração de contrato de gestão entre esses dois polos se torna questionável, pois as vontades se entrelaçam, quando o agente público está agindo, age como pessoa jurídica e não como pessoa física. Se agisse como pessoa física, seria regulamentado pelos contratos em comum e não pelos contratos administrativos.<sup>125</sup>

O terceiro ponto está em relação a autonomia e a finalidade, prevista no art. 37 § 8 da Constituição Federal<sup>126</sup>, que estabelece que o contrato de gestão permite uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira aos órgãos e entidades da Administração. A crítica está no fato de primeiramente, entidade se for criada por lei, não poderá dar mais autonomia do que a própria lei deu, e órgão não possuem personalidade jurídica, não gozando de nenhuma autonomia.<sup>127</sup> Levando em consideração todos impedimentos dispostos à Administração Pública, além do cuidado orçamentário e o regramento do controle que a sociedade exige da administração, a previsão desse dispositivo desfaz da autonomia gerencial, tão protegida para que o órgão ou entidade obtenha um melhor desempenho.<sup>128</sup>

Ou seja, o Estado continua a fomentar as atividades e exerce sobre as mesmas um controle estratégico, buscando resultados necessário para atingir os objetivos das políticas públicas, é o contrato de gestão que irá regular as ações das organizações sociais.<sup>129</sup>

Enfatizando a aplicação do contrato de gestão na área na saúde, há uma discussão se o ele é considerado um contrato de fomento, conforme previsto no art.5º da

---

<sup>124</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016. p.5.

<sup>125</sup> Ibid., p. 5.

<sup>126</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 12 out.2017.

<sup>127</sup> MARINELA, op.cit., p. 544.

<sup>128</sup> PESTANA, 2014. p. 431.

<sup>129</sup> RODRIGUES, 1998. p. 38.



Lei 9637/98<sup>130</sup> ou um contrato de concessão. Visto que, no contrato de concessão, o serviço mesmo que concedido continua sendo serviço público, ou seja, há o maior dever do estado de garantia dessa prestação.

Deve-se verificar se há previsão legal que permita que mantenha essa responsabilização do Estado no contrato de gestão. O Art. 18 da Lei 9637/98<sup>131</sup>, que prevê a possibilidade das organizações sociais absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da saúde, vem para sanar essa dúvida. Nas palavras de Mânica, mesmo que o objeto seja atividades prestadas anteriormente pelo Poder Público, fica possível a hipótese de regime jurídico de concessão, pois há a possibilidade de prestação de serviços públicos através do contrato em questão.<sup>132</sup>

Ou seja, a única hipótese para admitir o contrato de gestão na saúde, deve ocorrer pela forma de concessão do serviço público, mantendo a responsabilidade do Estado pela prestação do serviço, uma vez que o serviço não deixará de ser público.<sup>133</sup>

O regime jurídico mais adequado para se aplicar no contrato de gestão na área da saúde é da Lei 9637/98. Pois, não irá se aplicar o processo licitatório, previsto na Lei 8666/93<sup>134</sup>, uma vez que na própria lei que disciplina esse tipo de contrato, encontra-se as hipóteses que devem ser aplicadas nas compras e vendas, objeto do contrato. Ainda, se fosse aplicar a licitação, contrariaria a essência do contrato, que é transferência da gestão para uma entidade privada, ou seja, aplicando a licitação, iria incidir todos os deveres impostos para Administração Pública, e não relacionados a entidade privada. Além de que, a Lei 9637/98, prevê a responsabilização e maior controle de desvios e dos resultados que devem ser alcançados.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)> Acesso em: 12 out.2017.

<sup>131</sup> BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)> Acesso em: 11 out.2017.

<sup>132</sup> MÂNICA, 2010. p. 243.

<sup>133</sup> Ibid., p. 246.

<sup>134</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 12 out.2017.

<sup>135</sup> MÂNICA, op.cit., p. 249.

### 3.3 Termos de Parceria

Termos de parceria não devem ser confundidos com as parcerias-público privadas. Esse contrato é regulado pela Lei Federal 9790/90<sup>136</sup>. É um instrumento firmado entre o poder público e as entidades denominadas de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).<sup>137</sup> Ele se destina à constituição de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução das atividades previstas no art. 3º<sup>138</sup> da referida lei. Com o referido dispositivo, conclui-se que a lei considera o termo de parceria, como um termo de cooperação.<sup>139</sup>

Além de que, é possível perceber uma semelhança nesse conceito do dispositivo legal, com o contrato de gestão. Ou seja, muitas coisas aplicadas ao contrato de gestão também serão aplicadas aos termos de parcerias, porém com peculiaridades que serão faladas à frente.

Para ter uma ideia melhor do que são os Termos de Parceria, deve se ter a noção do que são as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mais conhecida como OSCIP. A sua qualificação encontra-se no art.1º da Lei Federal 9790/1999, prevendo que são as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e estejam em regular funcionamento há, no mínimo,

<sup>136</sup> BRASIL, Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)> Acesso em: 09 out.2017.

<sup>137</sup> PESTANA, 2014. p.93.

<sup>138</sup> “ 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: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. Lei 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)> Acesso em: 09 out.2017.

<sup>139</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2006. p. 326.

3 anos, que não exercerem atividades lucrativas e desempenham as atividades especialmente citadas pela Lei.

Dentre as obrigações desse contrato, há cláusulas essenciais para seu funcionamento.<sup>140</sup> Conforme prevê o art.9º da Lei 9790/99, deverá conter a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da sociedade civil, além da estipulação do resultado que deve ser atingido, levando em conta o cronograma e os prazos estipulados; previsão dos critérios objetivos de avaliação; previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento; e a cláusula que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre a qual a principal é apresentar relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria.<sup>141</sup>

Ou seja, devem ser prestados contas sobre todo o decorrer do contrato, pois conforme prevê o art.13 da Lei 9790/99, há responsabilização de eventual malversação do dinheiro público envolvido nos acordos, com denúncia ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

A referida lei estabelece que o termo de parceria firmado em comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, se confundindo com o contrato de gestão. Porém, aqui não há possibilidade de autorização de

---

<sup>140</sup> Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. § 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo. § 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria: I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV; VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria. BRASIL, Lei 9.790, de 23 de MARÇO de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)> Acesso em: 09 out.2017.

<sup>141</sup> BRASIL, Lei 9.790, de 23 de MARÇO de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)> Acesso em: 09 out.2017.

cessão de servidores públicos, mas há o meio de repasse de recursos públicos e bens necessários ao cumprimento da parceria.<sup>142</sup>

Todos os contratos até aqui mencionados foram introduzidos pela Reforma Administrativa do Estado, ocorre que mesmo eles sendo chamados de contratos, eles não podem se confundir com os mesmos, pois a ideia geral de um contrato é interesses contraditórios, porém aqui nos termos de parceria e em outros já mencionados, há interesses que se convergem.<sup>143</sup>

A atividade administrativa imperativa, antes da Reforma Administrativa, dá lugar à administração consensual, em que as atividades socialmente relevantes, com grande demanda e com grande relevância social serão executadas por particulares, mediante acordos administrativos ou atos administrativos complexos, como é o caso dos Termos de Parcerias.<sup>144</sup>

A própria Lei 9790/90, prevê em seu art. 3, inciso IV<sup>145</sup>, como uma das áreas de atuação das OSCIPs, a promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta lei. Essa complementariedade é a já falada em capítulos anteriores, que seria a complementariedade da participação privada de serviços públicos de saúde, conforme o art.199 da Constituição Federal.<sup>146</sup>

A indagação está se os Termos de Parceria teriam como objeto serviço público. Conforme dita Oliveira as atividades executadas por esses particulares poderiam ser consideradas públicas, por atenderem ao interesse coletivo<sup>147</sup>, porém há uma discussão se realmente é serviço público, pelo dispositivo legal que trata sobre o assunto.

Aqui não há a delegação de atividades estatais para entidades privadas, mas apenas reconhece a importância de determinadas entidades privadas, para realização de finalidades sociais, ainda que, essas atividades são prestadas em nome próprio da entidade.<sup>148</sup>

---

<sup>142</sup> MEIRELLES, 2006. p. 328.

<sup>143</sup> Ibid., p. 326.

<sup>144</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Método, 2014. capítulo XIII.

<sup>145</sup> BRASIL, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)> Acesso em: 13 out.2017.

<sup>146</sup> BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 out.2017.

<sup>147</sup> OLIVEIRA, op.cit., capítulo XIII.

<sup>148</sup> Ibid., capítulo XIII.

Na “gratuidade da saúde”, deve-se analisar a previsão do Decreto nº 3100<sup>149</sup>, que regulamente a lei em questão. O decreto, no seu art. 6, prevê que a gratuidade faz referência ao financiamento da prestação dos serviços com seus próprios recursos. Não sendo considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsório, e também o de condicionamento da prestação do serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado promoção gratuita do serviço.<sup>150</sup>

Nas palavras de Mânica, essa disposição é ilegal, uma vez que se é proibido qualquer tipo de retorno para o financiamento, e ainda os serviços devem ser prestados gratuitamente, apenas poderia ocorrer a prestação de atividades voltada à saúde pelo trabalho voluntário.<sup>151</sup>

Ainda, nos dizeres de Mânica, ao contrário da Lei das Organizações Sociais, que o objetivo é o trespasse pelo Estado da gestão de estruturas a tais entidades, formando vínculo através do contrato de gestão, conforme demonstrado no item anterior, nos termos de parceria o objetivo é fomentar o desempenho de serviços de assistência à saúde não vinculado ao uso da infraestrutura estatal.<sup>152</sup>

Ainda, não se aplica a diretrizes do SUS à Lei das OSCIPs, conforme demonstrado no parecer do Conselho nacional de saúde, o que leva a mais um entendimento de que o objeto não pode ser caracterizado como serviço público de saúde.<sup>153</sup>

### 3.4 Contratos de Concessão Administrativa

As concessões administrativas também são um mecanismo de participação privada nos serviços públicos de saúde. Contudo, esse modelo não se confunde e apresenta peculiaridades em relação aos outros mecanismos demonstrados nesse capítulo.

<sup>149</sup> BRASIL, Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm)> Acesso em: 13 out. 2017.

<sup>150</sup> Art. 6º. BRASIL, Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm)> Acesso em: 13 out. 2017.

<sup>151</sup> MÂNICA, 2010. p. 253.

<sup>152</sup> Ibid., p. 254.

<sup>153</sup> LEITE, Valdemar de Oliveira. **Parecer CJ/GAB/VL nº 2835/03**. Disponível em: < <http://conselho.saude.gov.br/docs/Parecer/perecer.doc> > Acesso em: 31 mar.2018.

As concessões de serviços públicos, podem ser compreendidas como um contrato de cunho administrativo, em que o poder público irá delegar a execução de serviços públicos à terceiros, dentre os especificados em cada tipo de modalidade, respeitando o prazo e as condições regulamentares e contratuais.<sup>154</sup>

No Brasil há diversas modalidades de concessão, na classificação levando em conta seu objeto, nas palavras de Di Pietro, a primeira é a concessão pura e simples, em sua forma natural, a remuneração decorrendo da tarifa paga pelo usuário do serviço público, ou então outra forma de remuneração decursivo da própria exploração do serviço.<sup>155</sup>

Outras formas foram trazidas pela Lei 8987/95<sup>156</sup>, dentre as quais estão a concessão patrocinada, como forma de parceria público-privadas, que se encontra regulamentada na Lei 11079/2004<sup>157</sup>, sendo considerada uma concessão especial, pois a remuneração é feita pela tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.<sup>158</sup>

Além dessas, Di Pietro, menciona a concessão administrativa, a concessão de obra pública e a concessão de uso do bem público. A concessão administrativa tem por objeto a prestação de serviços públicos que a própria Administração seja usuária direta ou indireta, envolvendo a execução, fornecimento de bens, aqui se enquadrando os serviços públicos de saúde. Sendo regulamentada também pela Lei 11079/2004<sup>159</sup>, a sua forma de remuneração é através exclusivamente da contraprestação feita pelo parceiro público ao privado.<sup>160</sup>

A concessão de obra pública é regulada pelas Leis 8987/95<sup>161</sup> e 11079/04. E a concessão de uso de bem público, que pode ser com ou sem a exploração do bem em questão, é disciplinado por uma lei esparsa.<sup>162</sup>

---

<sup>154</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Método, 2014. capítulo XI.

<sup>155</sup> DI PIETRO, 2017. p.333.

<sup>156</sup> BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>157</sup> BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>158</sup> DI PIETRO, op.cit., p.333.

<sup>159</sup> BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>160</sup> DI PIETRO, op.cit. p.333.

<sup>161</sup> BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>162</sup> DI PIETRO, op.cit. p.333.

Não há como ter um tratamento igual para todas as modalidades de concessões existentes, principalmente por algumas envolver a delegação de serviços públicos e outras não.

Dando enfoque as concessões que promovem a delegação, ela possui amparo constitucional no seu art.175<sup>163</sup>. Já nas leis infraconstitucionais que tratam as concessões de serviços públicos, estão previstas nas Leis 8987/95, 9074/95<sup>164</sup> e 11079/04, algumas já mencionadas acima.<sup>165</sup>

A concessão possui natureza jurídica de contrato administrativo, por possuir cláusulas regulamentares e financeiras trazidas pela própria Administração, porém há peculiaridades que não se encontram nos mesmos.

As suas singularidades, nas palavras de Di Pietro, se encontram primeiramente, no fato de só existir concessão de serviço público, se for serviço de titularidade do Estado, podendo ser prestada de forma direta ou indireta. Essa titularidade não é perdida na concessão, concedendo apenas a execução do serviço público, sendo justificada sempre pelo interesse público. A concessão administrativa se sujeita a Lei 8666/93<sup>166</sup>, sendo a modalidade cabível a concorrência <sup>167</sup>, aqui não se aplicando as hipóteses de dispensa de licitação, apenas a hipótese de inexigibilidade, quando demonstrado a não concorrência.<sup>168</sup>

Além dessas, conforme regulamento pelo Decreto 8428<sup>169</sup>, na concessão administrativa é possível o interesse tanto de pessoa física, quanto pessoa jurídica, para financiar a Administração Pública na realização de seus projetos.<sup>170</sup>

Dentre uma das principais singularidades, está na forma que o concessionário executa o serviço público, uma vez que executa em seu próprio nome e se sujeita a

---

<sup>163</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>164</sup> BRASIL, Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>165</sup> OLIVEIRA, 2014, capítulo XI.

<sup>166</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 04 de Outubro de 2017.

<sup>167</sup> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>Acesso em:04 out.2017.

<sup>168</sup> DI PIETRO, 2017. p.339.

<sup>169</sup> BRASIL, Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm)> Acesso em: 04 out.2017.

<sup>170</sup> DI PIETRO, op.cit. p.339.

todos os riscos que um outro acometimento teria, além do que, faz jus ao recebimento de remuneração. Há um equilíbrio econômico na concessão, por não ocorrer a alteração do objeto. Ou seja, mesmo que o poder público possa fazer alterações unilaterais, primordialmente deve ser respeitado o objeto do contrato em questão, garantindo assim a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.<sup>171</sup>

A tarifa decorrente da prestação do serviço público, terá natureza de preço público sendo fixado no contrato. A Constituição da República, prevê a possibilidade de discutir sobre a política tarifária, em seu art.175 <sup>172</sup>, sendo que nada impede que se adotem outros modelos de tarifas, que melhor satisfação os envolvidos.<sup>173</sup>

Ainda, é obrigação que o serviço seja prestado de forma eficiente, pois o destinatário, o usuário desse serviço tem direito à sua prestação, ou seja, uma vez que não é prestado, o mesmo pode exigir judicialmente o cumprimento dessa prestação pelo concessionário.<sup>174</sup> Posto que, a responsabilidade do concessionário perante o terceiro é objetiva.<sup>175</sup>

Se ocorrer a chamada encampação, que é a rescisão unilateral antes do prazo estabelecido para término do contrato, o Estado assume a execução do serviço, porém o concessionário possui direito de reaver os prejuízos que obteve. Já, se ocorrer a caducidade, que é razão do inadimplemento do contrato, o concessionário irá submeter-se às penalidades administrativas.<sup>176</sup> Esse assunto está disciplinado no art. 38, § 1º da Lei 8987/95, em que está elencado as hipóteses de caducidade.

Ou seja, há a segurança para qualquer caso de extinção da relação entre o concessionário e o poder concedente, é possível o poder concedente assumir os meios utilizados pelo concessionário para concretizar a realização do serviço público.

---

<sup>171</sup> DI PIETRO, 2017. p.339.

<sup>172</sup>BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 06 out.2017.

<sup>173</sup> DI PIETRO, op.cit., p.339.

<sup>174</sup> DI PIETRO, loc.cit.

<sup>175</sup> “A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida. (...) Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro. “Para maior aprofundamento do assunto: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4, Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2016. p- 48-49.

<sup>176</sup> DI PIETRO, op.cit. p.340.



Isso encontra-se respaldo no art. 35 e 36 da Lei 8987/95<sup>177</sup>, que é denominado de reversão.

Com relação à outras hipóteses de extinção da concessão, está a decretação da falência, porém o mero pedido da recuperação judicial, não irá ensejar na extinção, tanto que não está mencionado nas formas já descritas no art. 35 da Lei 8987/95<sup>178</sup>, que regula a extinção da concessão. Isso é confirmado pela Lei 8666/93<sup>179</sup> em seu art.80 §2º promulgada na vigência da anterior lei de falência, que já estabelecia que no caso de concordata, a Administração poderia manter o contrato, ou seja, deixou a critério da Administração a possibilidade de continuar ou rescindir o contrato.<sup>180</sup>

Com isso, extinta a concessão, irá retornar ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios que foram transferidos ao concessionário conforme o edital e o contrato, além disso, haverá a aprovação do serviço pela concedente, para que tome as necessárias providências, como proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessárias, ocupando as instalações utilizados pelos concessionários para realizações dos serviços públicos.<sup>181</sup>

Dentre todas as vantagens e segurança que um contrato de concessão administrativa traz, deve se mostrar sua aplicação na área da saúde. É possível perceber que não há qualquer impedimento constitucional para sua celebração, podendo ser tanto a gestão de todo o serviço, quanto apenas parte delas.<sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários § 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis. § 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei. Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 07 out.2017.

<sup>178</sup> BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)> Acesso em: 07 out.2017.

<sup>179</sup> BRASIL, Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> . Acesso em: 04 abr.2018.

<sup>180</sup> DI PIETRO, 2017. p.339.

<sup>181</sup> PESTANA, 2014. p. 467.

<sup>182</sup> MÂNICA, 2010. p. 239.

## 4 ANÁLISE DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NO SETOR DA SAÚDE

### 4.1 Parcerias Público-Privadas – Origem, definição e características.

O modelo brasileiro das parcerias público-privadas é inspirado no modelo estrangeiro chamado *Public-Private-Partnerships*. Essa experiência internacional é configurada como um modelo de contrato administrativo a longo prazo, que permite ao capital privado o financiamento e execução de obras, porém o enfoque principal trata-se na incapacidade dos Estados no financiamento de projetos estruturantes, ocorrendo a busca no setor privado para compartilhar riscos e investimentos, para melhorar a infraestrutura pública.<sup>183</sup>

As PPPs primeiramente disseminaram-se na Europa, que devido as restrições orçamentárias impostas pelo Tratado de Maastricht e pelo Pacto de Crescimento e Estabilidade, viram nas parcerias público-privadas a possibilidade de inscrever investimento, porém tirando do balanço da Administração Pública, transferindo essas aplicações ao parceiro privado, não impactando no endividamento dos países europeus.<sup>184</sup>

No Brasil as PPPs surgiram principalmente para a quebra da rigidez contratual, e assim permitir que a iniciativa privada cooperasse com o Estado. Para que o setor privado suprisse os investimentos em infraestrutura, com o objetivo de contribuir para o crescimento do país, devido a restrições financeiras do setor público.<sup>185</sup>

As Parcerias Público-Privadas constituem novas modalidades de contratos administrativos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.11.079/04<sup>186</sup>, ela instituiu normas gerais para a contratação da parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, nos planos federal, estadual, distrital e municipal. Essas normas irão abranger tanto a Administração Pública direta como à indireta.

Nas palavras de Pestana, a PPP é uma modalidade particular entre a Administração Pública e a iniciativa privada, uma vez que há a quebra de paradigmas antes

---

<sup>183</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 2.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 18.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>185</sup> GUIMARÃES, *op.cit.* p. 19.

<sup>186</sup> BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm) > Acesso em 16 de Outubro de 2017.

não quebrados, que embasam o próprio direito administrativo. Insere o direito em uma nova era, principalmente depois da Nova Administração Pública após o século XX, porém mesmo assim, continua guardando os preceitos ainda alojados na Constituição Federal.<sup>187</sup>

Já para Vernalha, a PPP é espécie do gênero parceria, é um conceito ligado a sociedade não personificada, não havendo necessidade de criar um novo ente jurídico, porém uma parceria é marcada pela lógica da distribuição dos resultados.<sup>188</sup>

Fernão Justen de Oliveira conceitua em seu livro PPP como uma modalidade contemporânea de prover serviços públicos e infraestrutura, em que se destina a satisfazer um interesse da coletividade, caracterizadas pela distribuição de riscos e vínculo associativo entre as partes.<sup>189</sup>

O art.2º da Lei n.11.079/04 prevê que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Nos parágrafos do artigo é conceituado os referidos tipos, sendo a patrocinada a concessão de serviços públicos ou obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa conceitua-se como contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.<sup>190</sup>

Nas palavras de Vernalha, PPP é um modelo de concessão, porém com a Lei 11079/2004 o termo “concessão” não conseguia mais abranger todos os tipos de concessões por violar a independência de tratamento jurídico entre as espécies, ou seja, a classe de contratos de concessão não retrata todas as características de concessão de serviços públicos.<sup>191</sup>

Para melhor diferenciar as duas formas de concessão, é necessário fazer uma análise dos dois modelos. A primeira diferença entre as duas está na forma da remuneração. Na concessão patrocinada o parceiro privado além de receber a remunera-

---

<sup>187</sup> PESTANA, 2014. p. 470.

<sup>188</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 45.

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Fernão Justen. Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007.

<sup>190</sup> Art.2 § 1º e § 2º. BRASIL, Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm)> Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>191</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 52.

ção por meio de tarifas cobradas aos usuários, também terá a contraprestação pecuniária do parceiro público.<sup>192</sup> Ela é em tudo idêntica a concessão comum, por isso se aplica além da Lei das PPP, emprega-se integralmente a Lei 8987/1995.<sup>193</sup>

Já a concessão administrativa por ser uma modalidade em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ela integra a própria relação jurídica com o parceiro privado.<sup>194</sup> Por isso, age de tal forma que se assemelha ao contrato de prestação de serviços típicos da Lei 8666/1993<sup>195</sup>, incluindo apenas as condições específicas para sua realização, que será falado a frente.<sup>196</sup>

Elas se aplicam aos serviços públicos de saúde na forma de contrato de concessão administrativa. Essa modalidade se adequa aos modelos na saúde, por não comportar o pagamento de tarifas de usuários.<sup>197</sup>

Dentre as características dos contratos de PPPs, primeiramente estão as relacionadas a condição para sua celebração, que exige que ao particular seja atribuído o encargo de realizar investimento inicial de no mínimo R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais). Além de que, impede sua celebração se o período de prestação do serviço por inferior a 5 anos, ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.<sup>198</sup>

Conforme sustenta Pestana, há princípios que devem ser seguidos na celebração dos contratos de PPPs. Deve ser orientado pela eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; deve haver o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; a transparências dos procedimentos e das decisões; a repartição objetiva de risco entre as partes e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.<sup>199</sup>

---

<sup>192</sup> PESTANA, 2014. p. 471.

<sup>193</sup> BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm) > Acesso em: 17 out.2017.

<sup>194</sup> PESTANA, op.cit, p. 471.

<sup>195</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm) > Acesso em: 17 out.2017.

<sup>196</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contratos administrativos. 14.ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2006. p. 356.

<sup>197</sup> ABRUCIO, F.L. PPP na Saúde: Experiências e Tendências. **Revista Debates GVsaúde da FGV-EAESP**. São Paulo, edição especial, junho, 2012.p. 32.

<sup>198</sup> MEIRELLES, op.cit., p. 355.

<sup>199</sup> PESTANA, op.cit. p. 472.

Além dos princípios que devem ser observados, há cláusulas essenciais que devem ser asseguradas, dentre as quais estão previstas no art. 23 da Lei 8987/1995<sup>200</sup>. Além da aplicação de tais cláusulas, são obrigatórias a aplicação de regras e limitações, que são: Primeiramente como já falado em relação ao prazo, não poderá ser inferior à cinco anos, nem superior a trinta e cinco anos, incluindo-se aqui eventual prorrogação; as penalidades que serão aplicadas à Administração Pública e ao parceiro privado, em caso de inadimplemento contratual, serão fixadas sempre proporcional ao tamanho da falta cometida; serão repartidos os riscos entre as partes, inclusive os decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e alea econômica extraordinária; deverão ser previstas as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; além dos mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; serão disciplinados os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; serão apontados os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos § 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666/1993,<sup>201</sup> e, no que se

---

<sup>200</sup> Art. 23 São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequentes modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão. BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm) > Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>201</sup> Art. 56- § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (...) § 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens. BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm) > Acesso em: 17 out.2017.

refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987/1995<sup>202</sup>; o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas; o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto ou após a disponibilização dos serviços, sempre que houver aporte de recursos em favor do parceiro-privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987/1995.

A Lei ainda afirma as hipóteses de garantia do pagamento da contraprestação pecuniária, e traz regras que obrigam o contratante atender determinações de natureza fiscal, tendo em vista a necessidade de regulamentação e um maior controle nesses tipos de contratos.<sup>203</sup>

Ainda, prevê as regras especiais de licitação, em que a modalidade sempre será concorrência, devendo antecedentemente ser realizado um estudo técnico e uma consulta pública, pelo prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões.<sup>204</sup>

Verifica-se que o regime de parceria público-privada não pode ser aplicado a qualquer projeto de concessão. Ficando a concessão subordinada ao modelo comum, se não se adequar às exigências das duas espécies de PPPs.<sup>205</sup>

#### 4.2 Particularidades da concessão administrativa em face da concessão comum e da concessão patrocinada

A concessão de serviço público é uma modalidade contratual disciplinada pela Lei federal 8987/95. O que seria a concessão? Por que escolher esse modelo? Nos dizeres de Vernalha, essas perguntas podem ser respondidas em três aspectos. O primeiro seria relacionado a natureza política, em que a concessão pode simbolizar

---

<sup>202</sup> BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm) > Acesso em: 19 out.2017.

<sup>203</sup> MEIRELLES, 2006. p.357.

<sup>204</sup> MEIRELLES, loc.cit.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, 2007. p. 130.

uma nova forma de redistribuição de riquezas e reorganização política do custeio dos serviços públicos. No ponto de vista da organização administrativa, iria descomplicar o trâmite, uma vez que tiraria as fases de prestação e controle. E por fim, no aspecto financeiro, iria conseguir realizar obras que por sua vez, não teriam condições apenas com o disponível nos cofres públicos.<sup>206</sup>

A concessão de serviços públicos está disciplinada na Lei 8987/95, conceituada por Vernalha como ajustes que se prestam a conceder temporariamente a gestão de serviços ou obras públicas delegáveis a particulares, de maneira que o investimento da concessionária será remunerado basicamente por meio de tarifas pagas pelos usuários.<sup>207</sup>

Com a Lei 11079/04, lei das parcerias público-privadas, a modalidade de concessão da Lei 8987/95, passou a ser denominada concessão comum, coexistindo com mais duas modalidades, a concessão administrativa e a concessão patrocinada.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, já era possível juridicamente na Lei de concessões que o concessionário tivesse outras fontes de receitas, além das tarifas cobradas dos usuários, o que faltava era um sistema de garantias para proteção do concessionário. A concessão patrocinada advinda pela Lei das PPPs, são as concessões de serviços públicos que envolvam o pagamento de adicional de tarifa pela Administração.<sup>208</sup> Ressalta-se que essa contraprestação deve ter caráter pecuniário.

Nas palavras de Vernalha, se estiver presente no contrato os seguintes elementos cumulativamente, deverá se submeter ao tipo legal de concessão patrocinada. Quais sejam: delegação da gestão do serviço público; aplicação do sistema tarifário; contraprestação pecuniária provida pela Administração integrada na remuneração do concessionário.<sup>209</sup>

Quanto à concessão administrativa, a segunda modalidade prevista na Lei 11079/04, trata-se de um contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

---

<sup>206</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 57.

<sup>207</sup> Ibid., p. 65.

<sup>208</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. 2.ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2011. p.23.

<sup>209</sup> GUIMARÃES, op.cit. p 91.

Antes a concessão era necessariamente para serviços públicos. Com a concessão administrativa, o objeto pode ser serviços públicos ou não, serviços sociais, sendo a própria Administração pública a usuária, direta ou indireta, da prestação.<sup>210</sup>

Vernalha, ainda relata, que em regra essas concessões funcionam através do fornecimento da infraestrutura pelo parceiro privado, com o direito de sua exploração econômica, a partir de remuneração diretamente provida pela Administração. Destarte, há a delegação da gestão de serviço público e o concessionário é retribuído principalmente pela arrecadação tarifária. Ocorrendo aqui, uma transferência de riscos, em que o concessionário financia por sua conta e risco.<sup>211</sup>

O que se percebe é que diferentemente da concessão patrocinada, a concessão administrativa é um novo modelo contratual, não sendo uma repetição de tipos contratuais já existentes no direito brasileiro. Destarte, é uma nova modalidade que necessita de altos investimentos de infraestrutura, com valor acima de 10 milhões de reais e de longo prazo (mínimo 05 e no máximo 35 anos), com remuneração integralmente paga pelo parceiro público, podendo ser pecuniária ou não.<sup>212</sup>

Tem-se, ainda, outra particularidade em relação ao objeto desse modelo contratual, o contrato poderá envolver um serviço que não precisa ser necessariamente público. Conforme a classificação de Fernando Vernalha, há a concessão administrativa sem delegação, envolvendo o desempenho de serviços administrativos; concessão administrativa com delegação, compreendendo a delegação de serviços públicos e a concessão administrativa para delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não econômicos.<sup>213</sup>

Pela Lei federal 11079/04 em seu art. 2º fica vedado que o contrato tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública. Sendo necessário que esse contrato envolva a prestação de serviço, sendo público ou não, o que difere das demais modalidades de concessões, pois o objeto destas deve necessariamente ser a prestação de um serviço público.

---

<sup>210</sup> GUIMARÃES, 2013. p.58.

<sup>211</sup> Ibid., p 176-177.

<sup>212</sup> LOPES, 2016. p. 30.

<sup>213</sup> GUIMARÃES, op,cit. p.179.



Outra peculiaridade é o sistema remuneratório da concessão administrativa. O pagamento do contrato será feito exclusivamente pela Administração, essa contraprestação podendo ser pecuniária ou não. A prestação pecuniária seria a de ordem bancária e a cessão de direitos não tributários, porém, a contraprestação poderá instituir além disso, a atribuição de direitos em face da Administração Pública, sobre bens públicos dominicais, ou ainda, conforme o art.6º, a outorga de direitos em outros meios admitidos em lei.<sup>214</sup>

A ordem bancária é o depósito realizado em conta aberta pelo particular contratado em instituição financeira na qual o parceiro-público realize seus pagamentos. Na cessão de créditos não-tributários, o parceiro-público garante a existência do crédito e sua solvibilidade, ou seja, a obrigação só será extinta após o pagamento ao concessionário.<sup>215</sup>

Esse sistema remuneratório difere-se principalmente da concessão patrocinada, uma vez que nesta, necessariamente a contraprestação terá caráter pecuniário. Ou seja, a remuneração será composta por tarifas pagas pelos usuários e uma contraprestação pecuniária paga diretamente pela Administração. Já na concessão administrativa, a remuneração não poderá ser através de tarifas, sendo o parceiro privado remunerado pela Administração pública.

Ainda, a lei prevê em seu art. 6º, §1º, que a remuneração é feita levando em consideração a variável vinculada ao desempenho, conforme metas e padrões de qualidade. Carlos Ari Sunfeld em relação ao tema, explana que a remuneração dependerá da performance dos resultados.<sup>216</sup>

Fernando Vernalha, em outra linhagem, afirma que a lei não apresenta o dever jurídico, mas sim a possibilidade para atrelar o concessionário a variante de riscos. Alegando ainda, que o concessionário já possui a autonomia dos riscos do contrato, uma vez que faz o mesmo em nome próprio, não necessitando da remuneração para configurar esses riscos.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 207.

<sup>215</sup> XAVIER, Patrícia Daros. **O sistema legal de garantias da lei n 11079/2004 e sua análise sob a ótica constitucional.** Disponível em:< [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/patricia\\_xavier.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/patricia_xavier.pdf)> Acesso em: 21 mar. 2018.

<sup>216</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil.** Disponível em: < <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/548/599>> Acesso em 21 mar. 2018.

<sup>217</sup> GUIMARÃES, op.cit. p. 209-210.

A Lei das PPPs ainda, criou um sistema de garantias baseado na reciprocidade, abrangendo tanto o parceiro público quanto o privado. Diferentemente do que acontecia com os contratos administrativos em geral, em que as garantias eram exclusivas para resguardar a Administração Pública de uma possível inadimplência do parceiro privado. No sistema de garantias das PPPs, abrangeu tanto a Administração Pública, quanto a proteção do parceiro privado em decorrência de eventuais inadimplementos do parceiro público.<sup>218</sup>

As garantias da Administração pública são obrigatórias nos contratos de concessão administrativa, não ficando à mercê das partes contratantes essa decisão, conforme ocorre nos outros contratos administrativos gerais.

#### 4.3 Proteção do parceiro privado na prestação de serviços públicos sociais.

A Lei Federal das PPPs, inovou ao ampliar as garantias existentes nos contratos administrativos em geral, ampliando para o parceiro privado frente a eventual inadimplência do parceiro público. Verifica-se que as garantias só serão executadas mediante o inadimplemento do parceiro público, que deve estar previsto no contrato de concessão. O rol das garantias está previsto no art. 8 da referida lei, ficando claro se tratar de um rol meramente exemplificativo, como veremos adiante.<sup>219</sup>

Conforme explica Fernão, com o sistema de precatório para pagamento das dívidas contraídas pela Fazenda Pública, criou uma incerteza quanto ao cumprimento dessas obrigações, em decorrência disso essas garantias foram criadas para dar confiança ao parceiro privado.<sup>220</sup>

Ainda nesse sentido, Luiz Felipe Hadlich Miguel em sua dissertação, afirma que as denominadas cláusulas exorbitantes presentes nos contratos envolvendo o Poder Público, além do histórico de mal pagamento do Estado, tornaria impossível o convencimento do investidor a aplicar recursos nesse tipo de contrato. Por isso é de

---

<sup>218</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 346.

<sup>219</sup> Ibid., p. 349.

<sup>220</sup> OLIVEIRA, 2007. p. 193.

grande importância as garantias para efetivação das PPPs, se não fossem as garantias, as parcerias estariam fadadas ao insucesso.<sup>221</sup>

Mesmo que na lei está previsto apenas as hipóteses de inadimplemento pecuniário, Vernalha defende que não há impedimento para as contraprestações de outra natureza também serem garantidas.<sup>222</sup> Ainda, mesmo que essas garantias possuam caráter facultativo dependendo da disposição das partes, o autor considera vantajosa a sua adoção, uma vez que garantiria ao parceiro privado vias mais céleres e previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento, logo traria um ajuste mais eficiente para a Administração Pública.<sup>223</sup>

As garantias ao parceiro privado estão dispostas no art.8º da Lei das PPPs e abrangem a vinculação de receitas; fundos especiais; seguro-garantia; garantias por instituições financeiras internacionais ou controladas pelo Poder Público; prestadas por fundo garantidor ou empresta estatal com essa finalidade ou outras garantias previstas em lei.<sup>224</sup>

A principal inovação das PPPs é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP), em que entes autônomos dotados de personalidade jurídica, garantem as obrigações pecuniárias do parceiro público em decorrência de não cumprimento de obrigações em face do parceiro privado. Conforme explica Carlos Eduardo de Queiroz Pereira, o patrimônio originalmente público irá se submeter ao direito privado, não sendo mais executado pelo sistema de precatórios, reduzindo o risco de inadimplemento da Administração Pública, tornando a PPP mais atraente para os investidores.<sup>225</sup>

Nas palavras de Vernalha, o FGP reveste os contratos de PPP de maior segurança jurídica, reduzindo custos transacionais e favorecendo a economicidade na contratação de PPP. As obrigações serão garantidas pela forma de execução civil comum, evitando o procedimento dos precatórios.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 39.

<sup>222</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 351.

<sup>223</sup> Ibid., p. 353.

<sup>224</sup> BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)> Acesso em 21 mar. 2018.

<sup>225</sup> PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. Parcerias Público-Privadas, novo modelo de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle.

<sup>226</sup> GUIMARÃES, op.cit. p. 377.

Já Fernão Justen de Oliveira alega que há uma indagação em relação ao limite de 6 bilhões que a lei destina à participação da União e seus integrantes no Fundo Garantidor, ficando mais da metade da prestação atribuída ao parceiro público descoberta, sendo necessário a complementariedade de outras modalidades de garantia.<sup>227</sup>

A vinculação de receitas, primeira garantia prevista em lei, trata-se de uma garantia que determinada receita pública será afetada para o pagamento de obrigações assumidas nos contratos de PPP.<sup>228</sup> Trata-se de qualquer receita que não possua restrição no texto constitucional, qual seja, a receita de impostos.<sup>229</sup>

A instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, é a destinação de um patrimônio ou uma determinada receita a cumprimento de uma determinada finalidade. Já no seguro-garantia, o objetivo é resguardar o parceiro privado de riscos que poderão advir deste tipo contratual.<sup>230</sup>

Nas garantias prestadas por organismos internacionais ou instituições financeiras, trata-se de outro meio para proteção do parceiro privado pelo risco de inadimplemento do parceiro público. Na primeira, nas palavras de Cintia Barudi Lopes, se mostra nítida a intenção do legislador em incentivar parceria público-privada com investidores estrangeiros.<sup>231</sup> Quanto a segunda, é uma garantia prestada por um sujeito externo no contrato, nessa hipótese, uma instituição financeira.<sup>232</sup>

#### 4.4 Modelos de concessão administrativa identificadas no setor de saúde brasileiro

No setor da saúde, tornando-se como parâmetro experiências brasileiras, é possível subdividir as concessões administrativas em dois grupos, a depender de seu objeto. A prestação de serviços não clínicos e a que também inclui os serviços clínicos.

As primeiras experiências no setor da saúde alcançaram apenas os serviços denominados “bata cinza”, conceituando-se como serviços de construção, equipamentos e apoio operacional não alcançando os serviços médicos, ou seja, envolvendo a exploração da infraestrutura da unidade de saúde em si. Apenas com a experiência

---

<sup>227</sup> OLIVEIRA, 2007. p. 196.

<sup>228</sup> LOPES, 2016. p. 35.

<sup>229</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 367.

<sup>230</sup> LOPES, op.cit., p. 36-37.

<sup>231</sup> Ibid., p. 37.

<sup>232</sup> GUIMARÃES, op,cit. p. 376.

do Hospital do Subúrbio da Bahia, que os serviços denominados “bata branca” foram incluídos. Os serviços “bata branca” envolvem os serviços médico, a gestão dos serviços propriamente de saúde. Vale ressaltar, que pela posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, são admitidos no Brasil, tanto as parcerias público-privadas para serviços “bata cinza” quanto para serviços “bata branca”.<sup>233</sup>

Os modelos envolvendo serviços não clínicos compete ao parceiro privado além da construção do hospital, o gerenciamento da infraestrutura necessária a seu funcionamento. O parceiro público ainda, pode contratar todos os serviços não clínicos necessários às operações do hospital, como alimentação, rouparia e lavanderia.<sup>234</sup>

Exemplos desses modelos podem ser comprovados mediante a análise dos contratos de concessão administrativa dos hospitais. O Primeiro exemplo é o Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, com investimento de quatrocentos e dezesseis milhões, incluindo no seu objeto a construção da superestrutura e a prestação de serviços não clínicos (segurança, limpeza, hotelaria, lavanderia, entre outros), durante um prazo de 20 anos.<sup>235</sup>

Outros exemplos referem-se aos projetos de parcerias público-privadas em andamento no estado de São Paulo. O Hospital Estadual de São José dos Campos, como o de Belo Horizonte, também tem como objeto a prestação de serviços não clínicos (recepção, portaria, telefonia, lavanderia, entre outros).<sup>236</sup>

O modelo de concessão administrativa cujo o objeto é a prestação de serviços clínicos, atribui ao parceiro privado além dos serviços envolvendo a infraestrutura do hospital, os serviços médicos, contratando os profissionais que irão atuar no estabelecimento.

O principal exemplo e a primeira experiência brasileira de PPP no setor da saúde, foi adotada no Hospital do Subúrbio de Salvador. Nas palavras de Mânica foi o primeiro hospital público da região norte e nordeste a apresentar indicadores superiores a qualquer dos hospitais operados pela Administração Pública e por Organizações Sociais.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> MÂNICA, 2016. p. 13

<sup>234</sup> LOPES, 2016. p. 46.

<sup>235</sup> PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE. **Prefeitura de Belo Horizonte**. Disponível em: < <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas>.> Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>236</sup> CADERNO TÉCNICO PARA IMPLANTAÇÃO DO HOSPITAL ESTADUAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS. **Secretaria de Estado da Saúde**. Disponível em: <[http://www.saude.sp.gov.br/recursos/ses/perfil/cidadao/homepage/ppp/anexo\\_ii\\_caderno\\_tecnico\\_sjc.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/recursos/ses/perfil/cidadao/homepage/ppp/anexo_ii_caderno_tecnico_sjc.pdf).> Acesso em: 28 mar.2018.

<sup>237</sup> MÂNICA, op.cit. p. 20

O objeto dessa PPP abrange todos os serviços de apoio (limpeza, manutenção, alimentação), como os serviços clínicos (exames laboratoriais, administração e prestação de serviços médico-hospitalares). Além disso, o contrato estabeleceu metas quantitativas e qualitativas. As quantitativas são referentes aos volumes de produção assistencial que serão ofertados, já as qualitativas referem-se ao desempenho com relação às condições hospitalares, como taxa de mortalidade, taxa de infecção hospitalar, entre outros.<sup>238</sup>

Conforme o exposto na dissertação de Mariana Carrera, o Hospital do Subúrbio foi inaugurado apenas um ano e oito meses após o início das obras, um prazo muito curto para um hospital de grande porte, ainda ficou demonstrado que o Hospital cumpriu todas as metas estabelecidas, com exceção do percentual de complexidade na urgência e emergência, em decorrência de demanda superior do que a prevista no edital.<sup>239</sup>

Essa concessão administrativa é considerada exceção por ter pouca experiência brasileira. Os demais contratos de concessões administrativas demonstrados são considerados concessões parciais, uma vez que não envolvem os serviços clínicos em seu objeto.

#### 4.5 As vantagens das concessões administrativas na saúde

Como já mostrado, as concessões administrativas são uma importante alternativa para a gestão dos serviços de saúde. Resta demonstrar as efetivas vantagens para a sua adoção.

Tomas Anker e Bruno Ramos Pereira em seu artigo sobre o atual cenário das PPPs no setor da saúde pública, afirmam que a primeira vantagem está no âmbito da governança do contrato. Isto é, reúnem vários serviços nas mãos de um único agente tornando-se mais eficiente, pois irá diminuir o tempo que a Administração Pública gasta em múltiplas licitações e contratos com diferentes empresas.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> ANKER, Tomas; PEREIRA, Bruno Ramos. O atual cenário das PPPs no setor da saúde pública no Brasil: potencialidades, desafios e as primeiras experiências. **Parcerias Público-Privadas – Experiências, Desafios e Propostas**. Rio de Janeiro. Editora LTC, 2012.

<sup>239</sup> CARRERA, 2012. p.71.

<sup>240</sup> ANKER, Tomas; PEREIRA, Bruno Ramos, 2012.

Cintia Barudi Lopes em sua tese de doutorado, afirma que o concessionário não se submete ao limite de gastos com a folha de pagamento. A Constituição prevê em seu art. 169 que os entes federativos, União, Estado, Distrito Federal e Municípios, terão que respeitar o limite de despesa com pessoal. Esse assunto é disciplinado pela Lei de Responsabilidade fiscal <sup>241</sup>, estabelecendo um prazo de até dois exercícios para que seja gradualmente eliminado o excesso de despesa com pessoal.<sup>242</sup>

Ocorre que, o não cumprimento desse prazo de adequação acarretará a suspensão de todos os repasses de verbas federais e estaduais aos entes federativos, quando esses limites não forem respeitados. Além de poder acarretar consequências para o gestor público violador da lei, inclusive de natureza penal e incorrer em improbidade administrativa.<sup>243</sup>

Esse limite de gasto com pessoal impede a Administração de contratar novos servidores públicos para trabalhar na área da saúde. Assim, Cintia Barudi Lopes considera as concessões administrativas como uma opção vantajosa para a Administração Pública, pois conforme seus dizeres, essas proibições não alcançam as parcerias público-privadas. Independentemente do objeto do contrato, bata cinza ou bata branca, a contratação de pessoal será feita pelo regime celetista. Desse modo, conforme explana Cintia Barudi Lopes, as concessões administrativas podem suprir as demandas e deficiências de trabalhadores na área da saúde.<sup>244</sup>

Porém, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná afirma que na contratação de serviços de saúde quando não realizado por profissionais do quadro próprio de servidores, essas despesas terão que ser incluídas no gasto com pessoal.<sup>245</sup>

Em terceiro lugar, a remuneração baseada em índices de desempenho traz uma vantagem, no sentido de melhorar a eficiência na prestação do serviço. Nos dizeres de Anker e Pereira o que vale é o resultado final, não importando o processo realizado para obtenção desse resultado, mesmo que o hospital mantenha uma quantidade “x” de remédios hipertensivos, o que importa é que a taxa de pacientes em crise hipertensiva tenha sua pressão estabilizada em até “x” horas.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> BRASIL, Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)> Acesso em 22 mar. 2018.

<sup>242</sup> LOPES, 2016. p. 71.

<sup>243</sup> Ibid., p.72.

<sup>244</sup> Ibid., p. 73.

<sup>245</sup> **Tribunal de Contas do Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/terceirizacao-de-mao-de-obra-integra-despesa-com-pessoal/2750/N>> Acesso em: 04 abr.2018.

<sup>246</sup> ANKER, Tomas; PEREIRA, Bruno Ramos, 2012.

Ainda, Cintia Barudi Lopes, confirma a melhoria na qualidade dos serviços prestados em decorrência da remuneração variável a metas e padrões de qualidade, porém afirma que essa não é a regra para as concessões administrativas, mas que a sua adoção é importante para melhor análise da eficiência e dos resultados de qualidade dos serviços prestados.<sup>247</sup>

Idêntica vantagem se encontra no aspecto de economia de recursos públicos. Essa vantagem decorre do “*value for Money*”, que é um estudo que deve ser realizado nas parcerias público-privadas. O setor público deve demonstrar comparando com outros modelos contratuais, que a concessão administrativa é a melhor opção para valorização dos recursos públicos, ocorrendo a prestação dos serviços públicos de saúde de forma mais eficiente e com um custo menor.<sup>248</sup>

Outra vantagem em adotar PPPs na saúde em vez de um contrato tradicional, está na maior longevidade do contrato. Como é um contrato longo, se realizam investimentos mais pesados nos primeiros anos, que serão amortizados e remunerados nos anos remanescentes. O que não ocorre com contratos de curto prazo, que normalmente tem um prazo menor para pagar um montante maior de recursos públicos.<sup>249</sup>

Ainda relacionado ao contrato de longo prazo, outra vantagem que se extrai dessa característica é que esse tipo contratual não precisará passar pelas licitações periódicas das contratações tradicionais.<sup>250</sup> Explica-se. Nas concessões administrativas é possível, mediante um único procedimento licitatório, contratar todos os equipamentos, desde infraestrutura até os serviços de atendimento aos pacientes.<sup>251</sup>

Outro avanço em relação aos contratos de PPPs, é que nesses contratos ocorre uma melhor alocação dos riscos, alocando o risco ao parceiro que melhor administra. Conforme exemplificam Tomar Anker e Bruno Ramos Pereiro em seu artigo: Se o risco da demanda é mais bem administrado pelo poder público, se ocorrer uma explosão demográfica, esse risco será imputado ao parceiro público.<sup>252</sup>

---

<sup>247</sup> LOPES, 2016. p. 79.

<sup>248</sup> Ibid., p.73-74.

<sup>249</sup> ANKER, Tomas; PEREIRA, 2012.

<sup>250</sup> “Permite esse parágrafo que, nas contratações para prestação de serviços a serem executados de forma contínua, em caráter excepcional, desde que devidamente justificado e mediante autorização superior, o limite de 60 meses fixado no inciso II seja prorrogado por até 12 meses.” Para maior aprofundamento sobre o tema: FRANÇA, Maria Adelaide de C. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7. ed. Editora Saraiva, 2013. p.112.

<sup>251</sup> LOPES, op.cit. p.73-74.

<sup>252</sup> ANKER, Tomas; PEREIRA, Bruno Ramos, op.cit.



A Lei 11079/04 estabelece em seu art.5º, inciso III, a distribuição objetiva de risco entre as partes, inclusive os extraordinários. Nos dizeres de Vernalha, ocorrerá a transferência dos riscos ao parceiro público, somente aqueles que seriam geridos de modo ineficiente pelo parceiro privado.<sup>253</sup> Ainda afirma que para isso ocorrer é necessário contratos bem elaborados, que prescreva detalhadamente as previsões.<sup>254</sup> Isso torna-se um atrativo para o parceiro privado, pois em razão de uma adequada distribuição de riscos, o mesmo pode reduzir custos de projeto.<sup>255</sup>

Outra vantagem das concessões administrativas, é o aumento da capacidade de investimento em infraestrutura de qualidade. Nos contratos celebrados entre o Poder Público e as Organizações Sociais de Saúde é entregue uma unidade de atendimento pronta para gerir. Já nas concessões administrativas, não envolvem apenas a gestão de serviços, mas o parceiro privado terá que criar ou recuperar alguma infraestrutura de hospital ou unidade de saúde.<sup>256</sup>

No contrato de gestão não há o investimento em infraestrutura, pois o Poder Público entrega a estrutura pronta para as Organizações Civas, ainda planejando os serviços que serão prestados pelas mesmas. Além do que, as Organizações Sociais vivem de recursos orçamentários, não sendo uma solução eficiente para o financiamento das demandas sociais do país.

Conforme verifica, a preferência nas concessões administrativas comparadas aos convênios, o segundo não possui a segurança jurídica encontrada nos contratos de PPPs. De modo que a parte pode sair a qualquer momento do convênio, causando a insegurança jurídica.

Ocorrendo isso, nas palavras de Cintia Lopes, não há dúvida que as concessões administrativas contribuirão para a ampliação dos investimentos na infraestrutura do país.<sup>257</sup>

A saúde é um dos setores de serviços públicos que sofrem intenso aumento de demanda. As estruturas disponíveis no SUS, somados com a insuficiência de recursos para investir em tal área, comprometem os serviços prestado. Por isso, a estruturação de PPP configura-se uma alternativa para reduzir o déficit de serviços.

---

<sup>253</sup> GUIMARÃES, 2013. p. 301.

<sup>254</sup> Ibid., p. 303.

<sup>255</sup> LOPES, 2016. p. 75.

<sup>256</sup> Ibid., p. 80.

<sup>257</sup> LOPES, op.cit. p. 81.

Conforme explicita Luiz Felipe Hadlich em sua dissertação, as PPPs hoje são uma alternativa concreta para superar a insuficiência de recursos dos cofres públicos e investimentos em infraestrutura. Em razão disso, são dois os objetivos principais das PPPs: atrair o capital privado para investimentos em infraestrutura e utilizar-se da capacidade do setor privado para aumentar a qualidade na prestação dos serviços públicos.<sup>258</sup>

A Lei das PPPs inova, pois cria uma nova forma de contratação entre o poder público e particular, pautada pela igualdade de condições entre os contratantes, oferecendo garantias àquele que investe, por parte da Administração Pública.<sup>259</sup>

Não só no Brasil, mas em outros países como Portugal, as PPPs são uma alternativa eficiente. São uma solução atrativa para os governos, já que permitem realizar projetos de grande dimensão, sem necessariamente requerer um investimento inicial. Porém, a autora afirma que mesmo que as PPPs possibilitem ganhos de eficiência e de qualidade de prestação de serviço, essa solução deve ser encarada com prudência.<sup>260</sup>

As PPPs são um meio para o fortalecimento dos sistemas de saúde. São contratos complexos, mas que o governo pode avaliar e alocar os riscos adequadamente para cada parceiro. Evidenciando que a parceria é uma necessidade para os sistemas de saúde.<sup>261</sup>

Na Inglaterra, onde foi inspirado o modelo das Parcerias Público-Privadas presente no Brasil, conta hoje com mais de 56 bilhões de dólares em investimentos de capital do setor privado, com mais de 700 projetos de infraestrutura no Reino Unido, incluindo hospitais. Eles afirmam que as PPPs transferem o risco de entrega, custo e desempenho para o setor privado, protegendo o setor público de atrasos, excessos de custos e um fraco desempenho na prestação dos serviços.<sup>262</sup>

Com toda a análise, é possível observar que com os avanços tecnológicos na área da Medicina, o envelhecimento da população, a modificação das expectativas

---

<sup>258</sup> MIGUEL, 2009. p. 9.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>260</sup> FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro. **Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes**. 419 f. Tese (Doutorado em Ciência da Administração) Universidade do Minho, Portugal, 2014.

<sup>261</sup> TAYLOR, Rachel M.; Jennifer Christian, Rapporteurs. **The Role of Public-Private Partnerships in Health Systems Strengthening**. Forum on Public-Private Partnerships for Global Health and Safety. THE NATIONAL ACADEMIES PRESS. Washington, DC. 2016. Cap 3. Disponível em: < <https://www.nap.edu/read/21861/chapter/3>> Acesso em: 31 mar. 2018.

<sup>262</sup> **PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS**. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships>> Acesso em: 31 mar.2018.

dos cidadãos para com os serviços de saúde fez com que ocorresse um acréscimo de custos, fazendo a Administração Pública buscar outras alternativas para suprir tal demanda.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das Parcerias Público- Privadas na área da saúde, através do contrato de concessão administrativa, para verificar se há vantagens na adoção desses contratos na prestação dos serviços públicos de saúde. Além disso, também permitiu uma pesquisa para verificar a previsão constitucional da participação privada na área da saúde e a extensão desse tema.

Verificou-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, embasada pelos princípios da universalidade, integralidade e gratuidade da prestação do serviço. Tem previsão constitucional como um direito fundamental e social, em virtude disso o Estado assume o papel de garantidor e detentor da efetivação dos direitos à saúde.

A prestação dos serviços públicos de saúde pode ser feita primeiramente de forma direta por todos os entes federativos, União, Estado, Municípios e Distrito Federal. Além de estar previsto a forma complementar da prestação de serviços públicos por parte da iniciativa privada.

Chega-se à conclusão pelo previsto no art. 199 da Constituição Federal, que a iniciativa privada pode participar de forma complementar na prestação de serviços públicos de saúde, em seu nome e seu interesse, afastando a ideia de prestação direta de serviços de saúde pelo Estado.

Dentre as formas previstas de participação da iniciativa privada na saúde pública, estão as parcerias público-privadas, viabilizadas na forma de concessão administrativa e concessão patrocinada.

Foi verificadas peculiaridades da concessão administrativa em face da concessão patrocinada, da concessão comum e de outros mecanismos de participação privada. Em razão disso, esses contratos apresentam vantagens em relação às outras contratações para prestação de serviços.

O desenvolvimento do estudo também possibilitou a análise da Lei 11079/04, a lei das parcerias público-privadas, e verificou-se que através dela pode se extrair diversas novidades em relação aos outros tipos de contrato.

A primeira conclusão foi em relação às garantias que a referida lei trouxe para o parceiro privado. Antes apenas havia a previsão de garantias da Administração Pública frente a inadimplência do parceiro privado, com a lei das PPPS há a previsão da

proteção ao parceiro privado, o que torna mais atrativo para ele o investimento nessas estruturas.

Foram identificados modelos já existentes na prática da adoção de concessão administrativa na saúde, dentre eles estão o Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, o Hospital Estadual de São José dos Campos e o Hospital do Subúrbio da Bahia. Verificou-se a extensão do objeto do contrato e concluiu-se que pode ser objeto tanto os serviços denominados “bata cinza”, como os serviços “bata branca”.

Conclui-se que as concessões administrativas são um modelo que se destaca dentre os demais apontados no decorrer do trabalho, por possuir um vínculo estável, com garantia para o parceiro privado.

Verifica-se também nesses contratos a melhor alocação de riscos para o parceiro que melhor administra e um sistema remuneratório que traz vantagens para a Administração Pública, pois é condicionada a uma variante de qualidade e resultados.

Com o término desse trabalho, pode-se perceber que o contrato de concessão administrativa é uma alternativa a ser considerável para redução do déficit de serviços na saúde pública. De modo que a saúde é um dos setores de serviços públicos que sofrem intenso aumento de demanda.

É uma alternativa para ampliar a capacidade de investimento e melhoria dos índices de qualidade, chegando-se a conclusão de que é as concessões administrativas estão em consonância com os parâmetros constitucionais, além de sua adoção ser relevante para as prestações dos serviços públicos de saúde.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F.L. PPP na Saúde: Experiências e Tendências. **Revista Debates GVsaúde da FGV-EAESP**. São Paulo, edição especial, junho, 2012.

ANGELIS, Cristiano Trindade. A emergência da Reforma do Estado Brasileiro: a governança compartilhada e o modelo do novo serviço público. **Revista Planejamento e Políticas Públicas do IPEA**. Brasília, n. 45, p. 13-45, julho/dezembro, 2015.

BRASIL, Constituição da República, de 10 de maio de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL, decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm)>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, Tribunal. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)>.

BRASIL, Lei nº 3.736, de 22 de março de 1960, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3736.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3736.htm) >.

BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm) >.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>.

BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>.

BRASIL, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)>.

BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

CADERNO TÉCNICO PARA IMPLANTAÇÃO DO HOSPITAL ESTADUAL DE SÃO JOSÉ DO CAMPOS. **Secretária de Estado da Saúde**. Disponível em: < [http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/cidadao/homepage/ppp/anexo\\_ii\\_caderno\\_tecnico\\_sjc.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/cidadao/homepage/ppp/anexo_ii_caderno_tecnico_sjc.pdf)>.

CARRERA, M. B. M. **Parceria público-privada na saúde no Brasil**: Estudo de caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – Bahia. 105 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

CIARLINI, Alvaro Luis de A.S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. Brasília. Editora Saraiva, 2013.

COSTA, F.L. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da Nova República. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, p. 71-82, 1998.

COUTINHO, Nina Novaes. As organizações sociais e o contrato de gestão. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 25-40, maio/agosto, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017.

Exemplo de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público – Processo nº 2006.61.00.009087-9, 3 Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Disponível em: < <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>>.

FERLIE, Ewan. **A nova administração pública em ação**. Brasília. Editora Unb, 1999.

FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro. **Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes**. 419 f. Tese (Doutorado em Ciência da Administração) Universidade do Minho, Portugal, 2014.

FRANÇA, Maria Adelaide de C. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4, Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

LEITE, Valdemar de Oliveira. **Parecer CJ/GAB/VL nº 2835/03**. Disponível em: < <http://conselho.saude.gov.br/docs/Parecer/perecer.doc> >.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

LOPES, CINTIA BARUDI. **A concessão administrativa nos serviços públicos de saúde** 2016. 95 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios administrativos**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/convenios-administrativos/10158>> Acesso em: 31 mar.2018.

MÂNICA, Fernando, **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, p. 21-34, jul./dez, 2011.

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

\_\_\_\_\_, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). Vitória. **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Editora Emescam, p.215-252, 2016.

\_\_\_\_\_, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-seto-da-saude.>>

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonete: **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Editora Saraiva, 2016.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas**. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais**. Portugal. Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Método, 2014.

OLIVEIRA, Fernão Justen. **Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2007.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.21, n.1, p.15-35, jan/mar, 2014.



PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4.ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE. **Prefeitura de Belo Horizonte**. Disponível em: < <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas>>.

**PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS**. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships>>.

REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo – Instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado**. Curitiba. Editora Juruá, 2013.

RESOLUÇÃO TC Nº 216. **Tribunal de Contas do Espírito Santo**. Disponível em: < <https://www.tce.es.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/Res216-2007-1.pdf>>.

RODRIGUES, Maria Cecília Prates. Demandas Sociais versus crise de financiamento: o papel do terceiro setor no Brasil. **Revista da FGV**. Rio de Janeiro, v.5, n.5, p.25-67, set/out, 1998.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.17, n.67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. 2.ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_, Carlos Ari. **O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil**. Disponível em: < <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/548/599>> Acesso em 21 mar. 2018.

TAYLOR, Rachel M.; Jennifer Christian, Rapporteurs. **The Role of Public–Private Partnerships in Health Systems Strengthening**. Forum on Public–Private Partnerships for Global Health and Safety. THE NATIONAL ACADEMIES PRESS. Washington, DC. 2016. Cap 3. Disponível em: < <https://www.nap.edu/read/21861/chapter/3>> Acesso em: 31 mar. 2018.

**Tribunal de Contas do Estado do Paraná**. Disponível em: < <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/terceirizacao-de-mao-de-obra-integra-despesa-com-pessoal/2750/N>> .

XAVIER, Patrícia Daros. **O sistema legal de garantias da lei nº 11079/2004 e sua análise sob a ótica constitucional.** Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/patricia\\_xavier.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/patricia_xavier.pdf)> Acesso em: 31 mar. 2018.

