

REVENDO OS CONVÊNIOS COM O TERCEIRO SETOR: O QUE MUDOU A PARTIR DA LEI N. 13.019/14

Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo e Coordenador da Pós-graduação em Direito da mesma Instituição. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, responsabilidade e novos modelos econômicos. Editor da Revista Raízes Jurídicas. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador Científico em ADVCOM Consultores - Estado/Empresa/Terceiro Setor. www.fernandomanica.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei n. 13.019/14 restringiu a adoção de ‘convênios público-privados’ exclusivamente para parcerias no âmbito do SUS. 3. A correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14. 3.1. Convênios público-privados em sentido amplo; 3.2. Convênios público-privados em sentido estrito. 4. Disci-

plina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito: da inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital. 5. Pagamento x transferência: opções dadas ao Constituinte para instrumentalização de parcerias com a iniciativa privada no SUS. 6. Constitucionalidade e limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS. 7. Regulamentação infraconstitucional da participação privada no SUS por meio de convênios público-privados em sentido estrito: requisitos para celebração do ajuste. 8. Conclusões.

Resumo: O presente artigo analisa as transformações ocorridas nas parcerias com o terceiro setor nos últimos anos, em especial no que se refere à figura dos convênios. Com o surgimento de novas modalidades de parcerias sociais, bem como a restrição material do âmbito de aplicação dos convênios, propõe-se nova leitura deste modelo de ajuste, com a ressignificação de seu sentido. Nessa senda, defende-se que os convênios na saúde são constitucionalmente admitidos e podem envolver repasse de recursos também para despesas de capital de entidades do terceiro setor.

Palavras-Chave: terceiro setor - convênios – saúde.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram intensas inovações normativas na disciplina das relações do Estado com o terceiro setor. De um ambiente institucional restrito aos Convênios, cuja disciplina legal cingia-se a um único dispositivo da Lei n. 8.666/93, passou-se a um cenário em que convivem nada menos do que seis modelos de ajuste com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Atualmente, além dos próprios Convênios, o universo das parcerias com o terceiro setor é formado pelos Contratos de Gestão (Lei n. 9.637/98), pelos Termos de Parceria (Lei n. 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei n. 13.019/14).

Nesse novo contexto, a restrição do âmbito de aplicação dos convênios com entidades do terceiro setor às parcerias no âmbito do SUS, trazida pela Lei n. 13.019/14, demanda nova leitura e interpretação dos dispositivos legais relativos ao tema, em especial do conteúdo veiculado no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, que prevê os contratos de direito público e os convênios como instrumentos de ajuste voltados à participação privada no SUS.

O objetivo deste artigo consiste, nesse mote, em averiguar eventual mudança no conteúdo semântico da expressão ‘convênios’ utilizada pela Constituição Federal para referir-se às parcerias com o terceiro setor, delimitar o âmbito de aplicação dos convênios no setor de saúde e analisar

os requisitos legais incidentes sobre o objeto, cabimento e processo de celebração de convênios no âmbito do SUS.

Para o cumprimento do objetivo proposto, o presente estudo adota o método dedutivo, apresentando suas conclusões a partir das premissas maiores dadas pela análise histórica, pela nova legislação do terceiro setor e pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca das parcerias na saúde.

O trabalho segue estruturado em oito tópicos. Após esta breve introdução, discorre-se sobre a restrição do uso dos ‘convênios público-privados’ às parcerias no âmbito do SUS. Em seguida, apresenta-se tese acerca da correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14, com sua subdivisão em “convênios público-privados em sentido amplo” e “convênios público-privados em sentido estrito”. Depois disso, o trabalho volta-se ao estudo da disciplina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito, com foco na inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital, bem como à distinção entre a compra de serviços e a celebração de convênios no âmbito do SUS. Na parte final, é analisada a constitucionalidade e os limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS. Por último são compiladas algumas conclusões traçadas durante o texto.

2. A Lei n. 13.019/14 restringiu a adoção de ‘convênios público-privados’ exclusivamente para parcerias no âmbito do SUS

Como se sabe, a Lei 13.019/14, com centenas de modificações trazidas pela Lei n. 13.2014/15, limitou de modo bastante contundente a possibilidade de celebração de convênios entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor. Isso porque, finalmente, o legislador brasileiro reconheceu um equívoco histórico, consistente na normatização equivalente entre ajustes celebrados *entre duas entidades estatais* (o que se pode denominar de ‘convênios públicos’) e ajustes celebrados *entre uma entidade estatal e uma entidade privada* (o que se pode denominar de ‘convênios público-privados’).

Em virtude da diversidade de tratamento exigido pela distinta natureza dos polos envolvidos na avença, a Lei n. 13.019/14 trouxe nova disciplina aos convênios público-privados, que foram substituídos pelos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação, assim definidos pelo artigo 2º da lei em referência:

Art. 2º (...)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;

Nesse prisma, a nova lei do terceiro setor segue o caminho trilhado pela Lei das Organizações Sociais (Lei federal n. 9.637/98) e Lei das OSCIPs (Lei federal n. 9.790/99), que disciplinam vínculos exclusivamente público-privados.

Acontece que a própria Lei n. 13.019/14 estabeleceu uma única hipótese de celebração de convênios público-privados. Trata-se dos casos em que o ajuste tem como objetivo instrumentalizar a prestação privada de serviços de assistência à saúde ao SUS. É o que se depreende da interpretação conjugada dos seguintes dispositivos da lei em referência:

Art. 84. (...)

Parágrafo único. **São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:**

(...)

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.¹

Art. 3º. Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV - aos convênios e contratos **celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal**;²

Pode-se perceber, nesse quadro normativo, que a própria Lei n. 13.019/14 prevê a incidência da Lei n. 8.666/93 aos convênios celebrados nos termos do artigo 199, § 1º da Constituição Federal. De uma leitura sistemática, pode-se extrair o seguinte preceito, constante do artigo 84, parágrafo único da Lei n. 13.019/14:

São regidos pelo art. 116 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, os convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.

Portanto, decorre de previsão legal expressa a possibilidade de celebração de convênios público-privados na hipótese referida no comando legal em epígrafe. Tal hipótese, como se sabe, refere-se à participação privada complementar ao SUS, prevista no dispositivo constitucional acima referido, que assim prescreve:

1 G. n.

2 G. n.

Art. 199. (...)

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

Primeira conclusão: Nesse contexto, a primeira conclusão a que se chega corresponde à previsão legal expressa de que os ‘convênios público-privados’ apenas podem ser celebrados para viabilizar relações de parceria no SUS. Em todas as demais hipóteses, a relação entre o Poder Público e entidades do terceiro setor deve ser disciplinada por Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (previstos pela própria Lei n. 13.019/14), por Contratos de Gestão (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.637/98) ou por Termos de Parceria (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.790/99).

3. A correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14

Deve-se ressaltar que o ordenamento brasileiro adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação brasileira, discipli-

nada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93. A origem da distinção entre as duas acepções remonta ao processo histórico de desenvolvimento das parcerias com o terceiro setor no Brasil.

3.1. Convênios público-privados em sentido amplo

No momento em que a Constituição de 1988 foi promulgada, havia apenas uma modalidade de ajuste voltado à instrumentalização de parcerias com o terceiro setor. Essa modalidade de vínculo correspondia aos convênios, que foram referidos expressamente no já citado artigo 199, parágrafo primeiro do texto constitucional, que assim prescreve:

Art. 199 (...)

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.³

O convênio, tal qual referido no dispositivo acima colacionado, foi regulamentado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e por atos infralegais que tratam especificamente do tema. No entanto, com o passar do tempo, novas modalidades de parceria foram introduzidas no ordenamento pátrio por legislação específica, como é o caso da Lei n. 9.637/98 (Contratos de Gestão), Lei n. 9.790/99 (Termos de Parceria) e Lei n. 13.019/14 (Termos de Colaboração,

3 G. n.

Termos de Fomento e Acordos de Cooperação). Todas elas também instrumentalizam a soma de esforços para a obtenção de um resultado de interesse comum, inclusive a prestação complementar de serviços ao SUS.

Com isso, o panorama legislativo pátrio demandou nova leitura ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, de modo que a expressão ‘convênio’ lá referida passasse a significar não apenas os convênios disciplinados pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, mas todas as modalidades de parceria com entidades do terceiro setor marcadas pela conjugação de esforços em prol de um interesse comum.⁴

Nesse novo quadro institucional, coexistem duas acepções do vocábulo ‘convênio’, uma acepção ampla e outra acepção estrita. Em sentido amplo, convênio refere-se a toda e qualquer modalidade de parceria com o terceiro setor. Em sentido estrito, convênio significa a espécie de parceria com o terceiro setor disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93. Nesse passo, a expressão convênios público-privados em sentido amplo, é sinônima da expressão parcerias com o terceiro setor e compreende:

- os Convênios público-privados em sentido estrito, disciplinados pelo art. 116 da Lei n. 8.666/93;

4 Sobre o alcance da participação privada complementar ao SUS, por meio de contratos de direito público e de convênios: MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

- os Contratos de Gestão, disciplinado pela Lei n. 9.637/98;
- os Termos de Parceria, disciplinado pela Lei n. 9.790/99;
- os Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação disciplinados pela Lei n. 13.019/14.

Segunda conclusão – parte 1: É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no § 1º, do artigo 199 da Constituição Federal.

3.2. Convênios público-privados em sentido estrito

Em sentido estrito, convênios público-privados correspondem à uma das espécies de parcerias com o terceiro setor existentes no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e regulamentada, na esfera federal, pelo Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007.

O tratamento conjunto em sede legislativa dos convênios públicos e dos convênios público-privados revela uma das justificativas da edição da Lei n. 13.019/14. Trata-se da segregação entre o tratamento dado a ajustes envolvendo dois entes estatais e ajustes envolvendo um ente estatal e um ente privado.

Segunda conclusão – parte 2: Os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ continuam disciplinados na esfera federal de modo conjunto com os ‘convênios públicos’. Esse é o sentido adotado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, que disciplina conjuntamente os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ e os ‘convênios públicos’.

4. Disciplina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito: da inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital

A disciplina normativa dos convênios público-privados em sentido estrito é dada na esfera federal pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, regulamentada pelo Decreto n. 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011. Nos termos do Decreto n. 6.170/07, entende-se por convênio:

Art. 1º (...)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - **convênio** - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a **transferência de recursos financeiros** de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, **entidades pri-**

vadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.⁵

O convênio, como consagrado na doutrina, refere-se a ajuste por meio do qual o Poder Público realiza a transferência de recursos financeiros a entidades privadas com objetivo de executar, em regime de mútua cooperação, programa de governo que envolva a realização de atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco. Sua adoção, como visto, pode ocorrer entre duas entidades estatais (convênios públicos) ou entre o Estado e uma entidade privada sem fins lucrativos (convênio público-privado em sentido estrito).

Nesse passo, deve-se rememorar que *transferências de recursos financeiros para o setor privado* são as despesas orçamentárias voltadas ao custeio, investimento ou cobertura de déficits de pessoas físicas ou jurídicas (com ou sem fins lucrativos), realizadas sem contraprestação direta em bens ou serviços. As transferências para o setor privado são classificadas em transferências correntes e transferências de capital. Deve-se notar que essa classificação, por ter como critério a categoria econômica da despesa, aplica-se tanto às transferências para o setor privado quanto para transferências intergovernamentais.

5 G. n.

Os requisitos gerais, bem como os requisitos específicos de cada modalidade de transferência, constam da legislação orçamentária de cada ente federativo, em especial da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou de lei específica. É dever do Poder Público observar tais exigências, tanto no processo de decisão pela celebração de uma parceria, quanto no processo de execução e fiscalização da avença.⁶

Nessa medida, é importante consignar que a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado é dada pelos artigos 165 a 169 da Constituição Federal, com regulamentação estabelecida por um conjunto de leis que pode ser assim sistematizado: (i) Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que trata de normas gerais de Direito Financeiro; (ii) Decreto-lei n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional (iii) a Lei Complementar federal n. 101, de 4 de maio de 200, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal; e (iv) leis orçamentárias de cada ente federativo (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

A Lei n. 4.320/64, ao tratar dos repasses públicos, classifica a despesa em *despesa corrente* e *despesa de*

6 Esse alerta é ressaltado por Rodrigo Pagani de SOUZA, em trabalho que dedicado especificamente ao tema: SOUZA, Rodrigo Pagani de. Lei de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução*: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 235-249.

capital. A *despesa corrente* é classificada como *despesa de custeio*, quando voltada ao pagamento por serviços e obras de manutenção; e como *transferência corrente*, quando não corresponde à contraprestação direta em bens ou serviços. Já a *despesa de capital* é classificada como *investimento*, quando voltada a pagar pelo planejamento e a execução de obras, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente; como *inversão financeira*, quando voltada à aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização e à aquisição de capital de empresas; e como *transferência de capital*, nos casos em que o investimento ou a inversão financeira não tenha contraprestação direta em bens ou serviços.

Transferências de capital são despesas orçamentárias voltadas a inversões financeiras (inclusive para aquisição de imóveis) ou a investimentos em obras, equipamentos e instalações. Podem ocorrer a título de *auxílios*, que são previstos e disciplinados diretamente na legislação orçamentária, e a título de *contribuições de capital*, previstas e disciplinadas em lei especial.

Terceira conclusão: Os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio e despesas de capital, conforme previsão orçamentária específica.

5. Pagamento x transferência: opções dadas ao Constituinte para instrumentalização de parcerias com a iniciativa privada no SUS

A previsão constitucional de participação privada complementar ao SUS pode dar-se, conforme previsão expressa do já citado § 1º do artigo 199 da Constituição Federal, por meio de ‘contrato de direito público’ e de ‘convênio’.

Como já assinalado, a expressão ‘convênio’ referida em tal dispositivo constitucional deve ser entendida em sentido amplo, para se referir a todas as modalidades de parcerias com o terceiro setor instituídas no ordenamento jurídico brasileiro após 1988. Uma das principais semelhanças entre elas, no que tange a seu vínculo com o Estado, consiste na natureza do repasse de recursos públicos, que é tido pela doutrina como ‘transferências’. Como visto acima, as transferências, normalmente denominadas de ‘transferências voluntárias’, podem ser de diversas espécies e finalidades, mas todas têm como ponto em comum a inexistência de contraprestação específica em bens ou serviços.

Essa é a principal diferença que justifica a previsão constitucional de participação privada no SUS por meio de ‘contratos de direito público’ e de ‘convênios’. Enquanto no primeiro caso ocorre o pagamento por contraprestações fixas e predeterminadas, nos ‘convênios’ (público-privados em sentido amplo), não há pagamento, mas transferência de recursos desvinculada de prestações específicas.

Quarta conclusão: A participação privada no SUS pode ocorrer por meio da ‘compra de serviços’, instrumentalizada através de ‘contratos de direito público’, ou por meio transferências voluntárias, instrumentalizadas por meio de ‘convênios’. Os convênios não podem ter como objeto a ‘compra de equipamentos’, mas podem prever como dever do ente público o repasse de recursos para a aquisição de equipamento necessário à prestação, em regime de mútua colaboração, de serviços de assistência à saúde. Tal hipótese depende, como cediço, de previsão orçamentária específica para tal modalidade de despesa.

6. Constitucionalidade e limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS

O § 1º do artigo 199 da Constituição Federal deve ser interpretado em consonância com o *caput* do mesmo artigo.⁷ Nesse sentido, deve-se ter claro que a participação privada complementar ao SUS é expressamente admitida na prestação de serviços assistenciais de saúde.

Serviços assistenciais de saúde são aqueles voltados ao atendimento individual ou coletivo e podem ocorrer em âmbito hospitalar, ambulatorial ou mesmo domiciliar.⁸ Na linguagem jurídica, a prestação de as-

7 Art. 199. A **assistência à saúde** é livre à iniciativa privada. G.n.

8 A Norma Operacional Básica do SUS n. 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 05 de novembro de 2006, faz uma importante distinção entre **assistência à saúde**, que consiste na prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar,

sistência à saúde pelo Poder Público insere-se na noção ampla de ‘serviço público’, definida por Celso Antônio Bandeira de MELLO como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁹

Portanto, pode-se concluir que participação privada no SUS corresponde à prestação de serviços públicos, especificamente voltados à assistência à saúde a cada cidadão.¹⁰

e **atenção à saúde**, que possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 652.

10 A Norma Operacional Básica do SUS n. 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 05 de novembro de 2006, faz uma importante distinção entre **assistência à saúde**, que consiste na prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, e **atenção à saúde**, que possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

A constitucionalidade da participação privada complementar ao SUS foi objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais nos últimos 25 anos. Apenas no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal, por meio de duas decisões paradigmáticas, manifestou-se pela validade de tal modelo de provimento de serviços de assistência à saúde.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923, que impugnava a Lei n. 9.637/98, que trata dos Contratos de Gestão com Organizações Sociais,¹¹ e do Recurso Extraordinário n. 481.588, que julgou em regime de repercussão geral a impossibilidade de separação de classes no SUS. Neste último aresto, julgado por unanimidade, o STF entendeu que:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde.

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar institui-

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 dez. 2015.

ções privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.[...]

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

“Pode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização”.

Entretanto, essa complementaridade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento (...).¹²

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016.

Essa orientação já era dada pela Norma Operacional Básica - NOB/SUS n. 01/96, em seu Item n. 4, que trata do Sistema de Saúde Municipal e dispõe expressamente que:

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do Município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.¹³

Quinta conclusão: De acordo com o STF, a participação privada complementar ao SUS pode ocorrer nos serviços de assistência à saúde, desde que as entidades privadas observem, no atendimento da população, todas as diretrizes e princípios do SUS.

7. Regulamentação infraconstitucional da participação privada no SUS por meio de convênios público-privados em sentido estrito: requisitos para celebração do ajuste.

As diretrizes do SUS, a serem respeitadas na prestação de serviços complementares de saúde pública,

13 G. n.

encontram-se encartadas no artigo 198 da Constituição Federal, regulamentado pelo artigo 7º da Lei n. 8.080/90, que assim prescreve:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Como se pode perceber, algumas diretrizes são voltadas ao gestor do sistema único de saúde e outras aplicam-se especificamente aos prestadores de serviços. Essas últimas devem ser observadas também pelas entidades privadas que atuam em caráter complementar ao SUS, em especial no que concerne à universalidade e igualdade de acesso, gratuidade de atendimento, preservação da autonomia, direito à informação e capacidade de resolução dos serviços.

Além disso, a participação privada no SUS foi disciplinada pela própria Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, que trata do tema de modo bastante analítico.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

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

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

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

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

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Além disso, o Ministério da Saúde, no exercício de competência atribuída pela Lei n. 8.080/90,¹⁴ editou a recente Portaria n. 2.567, de 25 de novembro de 2016 portaria, que revogou a Portaria n. 1.034/2010. Referido ato normativo dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde, prevendo que “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”. Tal complementação, conforme a Portaria n. 2.567/16, pode ocorrer por meio de convênio ou de contrato, sendo que os convênios são referidos em seu sentido amplo.¹⁵

14 Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...) XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde.

15 É o que se depreende do artigo 2º e 3º da Portaria n. 2.567/16, que assim dispõem: Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se: (...) VIII - convênio: instrumento firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde. IX - contrato: ajuste entre órgãos ou entidades de saúde da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, atinentes à prestação de serviços do SUS; (...) Art. 3º (...) § 3º (...) I - convênio: firmado entre ente público e a instituição

Não obstante, em mais de um dispositivo, a Portaria que regulamenta a participação privada complementar ao SUS exige a observância da Lei n. 8.666/93, sem fazer qualquer referência às demais leis que tratam de outros modelos de parceria com o terceiro setor aptos a instrumentalizar parcerias no SUS.

Sexta conclusão: A disciplina jurídica infraconstitucional e infralegal do SUS prevê as diretrizes e princípios a serem observados pelos prestadores privados de serviços público de assistência à saúde, mas restringem sua disciplina aos modelos de ajuste previstos pela Lei n. 8.666/93 (contratos administrativos e convênios público-privados em sentido estrito).

8. Conclusões

Primeira conclusão: Os ‘convênios público-privados’ apenas podem ser celebrados para viabilizar relações de parceria no SUS. Em todas as demais hipóteses, a relação entre o Poder Público e entidades do terceiro setor devem deve ser disciplinada por Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (previstos pela própria Lei n. 13.019/14), ou por Contratos de Gestão (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.637/98),

privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

ou por Termos de Parceria (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.790/99).

Segunda conclusão – parte 1: É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no § 1º, do artigo 199 da Constituição Federal.

Segunda conclusão – parte 2: Os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ continuam disciplinados na esfera federal de modo conjunto com os ‘convênios públicos’. Esse é o sentido adotado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, que disciplina de modo conjunto os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ e os ‘convênios públicos’.

Terceira conclusão: Os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio e despesas de capital, conforme previsão orçamentária específica.

Quarta conclusão: A participação privada no SUS por ocorrer por meio da ‘compra de serviços’, instrumentalizada através de ‘contratos de direito público’, ou por meio transferências voluntárias, instrumentalizadas por meio de ‘convênios’. Os convênios não podem ter como objeto a ‘compra de equipamentos’, mas podem prever como dever do ente público o repasse de recursos para a aquisição de

equipamento necessário à prestação, em regime de mútua colaboração, de serviços de assistência à saúde. Tal hipótese depende, como cediço, de previsão orçamentária específica para tal modalidade de despesa.

Quinta conclusão: De acordo com o STF, a participação privada complementar ao SUS pode ocorrer nos serviços de assistência à saúde, desde que as entidades privadas observem, no atendimento da população, todas as diretrizes e princípios do SUS.

Sexta conclusão: A disciplina jurídica infraconstitucional e infralegal do SUS prevê as diretrizes e princípios a serem observados pelos prestadores privados de serviços público de assistência à saúde, mas restringem sua disciplina aos modelos de ajuste previstos pela Lei n. 8.666/93 (contratos administrativos e convênios público-privados em sentido estrito).

De todo o exposto, pode-se concluir, finalmente, que os novos modelos de parceria com o terceiro setor ainda não foram incorporados adequadamente pela legislação do SUS, em especial pela Lei n. 8.080/90 e por sua regulamentação, atualmente dada pela Portaria n. 2.567/16. Se, de um lado, o texto da Constituição Federal, que trata expressamente de contratos de direito público e de convênios com modelos de ajuste aptos a instrumentalizar parcerias no SUS, deve ser mantido e reinterpretado com base no novo cenário legislativo vigente; de outro lado, a legislação do SUS merece imediata atualização, com tratamento

atualizado e sistematizado de cada uma das hipóteses de parcerias com o terceiro setor na saúde – tratando tanto dos contratos de direito público e dos convênios (público-privados em sentido estrito), quanto dos contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração e termos de fomento (convênios em sentido amplo).

Referências bibliográficas

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 652.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Lei de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.