

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA COMPLEMENTARIEDADE DA SAÚDE PÚBLICA PELA INICIATIVA PRIVADA: CONTEÚDO JURÍDICO E EFEITOS

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PUBLIC HEALTH
COMPLEMENTARITY BY PRIVATE INITIATIVE: LEGAL
CONTENT AND EFFECTS*

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹
UniCEUB

Moacyr Rey Filho²
UniCEUB

Resumo

A partir de uma abordagem dos arranjos institucionais para realização dos serviços de saúde pública no Brasil, o artigo analisa a terceirização de serviços públicos de saúde na forma de cooperativas de profissionais de saúde, bem como as possíveis consequências desse modelo. Para tanto, desenvolve o conceito constitucional de complementariedade dos serviços de saúde pública pela iniciativa privada, além de sustentar o reconhecimento da complementariedade como princípio constitucional. Sugere, como hipótese, alguns limites impeditivos dessa forma de terceirização dos serviços de saúde. O artigo se vale de análise de conteúdo, consistente na revisão bibliográfica específica e análise documental, esta última sobre os atos normativos na esfera federal que cuidam da complementariedade dos serviços de saúde pública.

Palavras-chave

¹ Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Professor do Máster Oficial em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade Internacional da Andaluzia. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT (FESMPDFT) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

Saúde; Terceirização; Arranjos institucionais; serviços públicos, cooperativas, complementariedade.

Abstract

Considering the institutional arrangements to provide services on public health in Brazil, this paper analyses the outsourcing of health public services by cooperatives and the possible consequences of this policy design. Therefore, it presents a constitutional definition of complementarity on health public services by the private initiative, as well as endorses the recognition of the complementarity as a constitutional principle. Methodologically, this study promotes content analysis, specially the bibliography review and documental research. The documents selected considers ultimately statutes and acts upheld by the Federal Government about complementary on health public services.

Keywords

Health; Outsourcing; Institutional Arrangements; public services; cooperatives; complementarity.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é esclarecer se a prestação de serviços públicos de saúde por cooperativas de profissionais médicos viola o princípio constitucional da complementariedade da saúde pública pela iniciativa privada.

A terceirização dos serviços de saúde pública manifesta-se, nas últimas décadas, como a exteriorização da ação governamental que concretiza uma opção política de Estado não só brasileira, mas verdadeiramente internacional.³ A discussão sobre a dimensão e os papéis a serem exercidos pelo Estado substanciam justamente a temática de preocupação das chamadas *macro policies*, isto é, o campo da grande política. No entanto, é no campo da exteriorização da ação governamental que se colocam os chamados arranjos institucionais. As políticas públicas abrangem os planos, programas e ações das organizações (ou instituições) estatais e materializam a convergência entre o funcionamento dos órgãos de Estado e a formação de seus respectivos arranjos institucionais.

³ IBANEZ, N. *et al.* Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2001, vol.6, n.2, pp.391-404. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232001000200009>.

Para além do debate político sobre as dimensões e papéis a serem realizados diretamente pelo Estado, a preocupação do presente estudo refere-se ao enfoque próprio dos arranjos institucionais, isto é, ao modo pelo qual se dá a convergência entre o funcionamento do Estado e a formação da exteriorização da ação governamental. A essa preocupação se refere a chamada “política jurídica”, ocupada da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do Direito. O estudo das políticas públicas, na precisa dicção de Diogo Coutinho, nada mais é que uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.⁴

A preocupação se mostra legítima frente ao crescente avanço das terceirizações de serviços públicos de saúde, delegando-se sua prestação a entes particulares, com ou sem fins lucrativos, tais como cooperativas de profissionais de saúde, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse coletivo, dentre outras. Justifica-se essa “corrente privatista” na ideia de que o setor privado é muito mais eficiente na prestação de serviços e, dessa forma, com a sua “administração gerencial” e sua “gestão profissional” irá “salvar” a prestação dos serviços públicos no país.

A realidade, contudo, vem mostrando o equívoco dessas escolhas ou, pelo menos, da extensão que se tem dado a elas. O que se percebe, na maioria das vezes, são entidades particulares mal geridas, que são criadas às vésperas da assunção do serviço público, para atender os interesses, nem sempre escorreitos, de certos gestores públicos. Essa experiência ainda se mostra grave e danosa à população à medida que, ao terceirizar para o setor privado a prestação de serviços públicos, o Poder Público não se resguarda para garantir a continuidade desses serviços no caso de sua irregular execução. Como consequência, em não se verificando a tão propalada eficiência do setor privado, o Estado resta fisicamente impedido de encampar a prestação dos serviços

⁴ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

públicos de saúde, porque não dispõe em seus quadros de servidores ou empregados públicos em número suficiente para dar continuidade à execução dos serviços. Por fim, como hipótese, pretende-se verificar se os entes privados, quando detêm a execução exclusiva ou majoritária de um serviço público de saúde, exercem um verdadeiro poder coercitivo sobre a Administração pública, com vistas a alcançar benefícios abusivos, mormente os de ordem financeira.

No capítulo primeiro, serão tratados temas como o conceito de saúde, o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e, ainda, a definição do que seja política pública de saúde, sua estrutura e normatização. No segundo capítulo, pretende-se estabelecer, inicialmente, critérios para o reconhecimento da complementariedade como princípio, bem como a diferenciação entre princípios e regras. No terceiro e último capítulo, serão especificadas algumas formas de prestação de serviços públicos, focando-se na forma de cooperativas de profissionais de saúde, bem como se traz um exemplo mal sucedido de terceirização dos serviços de saúde para uma cooperativa de anesthesiologistas.

A doutrina nacional tem dado ao assunto um tratamento superficial e assistemático. É comum a menção ao princípio da complementariedade como impedimento para certos tipos de terceirização dos serviços públicos de saúde, mas não se tem uma razoável noção do que representa seu conteúdo jurídico, sua eficácia e seu alcance. Tampouco há o próprio tratamento doutrinário para se reconhecer a norma jurídica de complementariedade como princípio constitucional e parte integrante do núcleo essencial do direito à saúde.

Por isso, o presente artigo propõe, sem pretensão de esgotamento, um esforço para um início de sistematização e reconhecimento do princípio constitucional da complementariedade no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Direito à saúde

O direito à saúde assume contornos jurídicos não só pela sua relevância em face dos papéis precípuos a que se destina a própria existência do Estado, mas especialmente porque sua conformação jurídica encontra espaço expresso na Constituição brasileira e nos atos normativos que a ela se referem.

1.1. Conceito de saúde

É impossível estabelecer adequadamente uma noção de direito à saúde, sem antes, tentar-se ao menos uma aproximação conceitual do que seja saúde. Em uma conceituação tradicional e ultrapassada, a saúde era concebida apenas como a ausência de doenças, sem contemplar, contudo, entre seus aspectos, atuações preventivas e positivas capazes de proporcionar uma melhor qualidade de vida.

Após o advento do Estado Liberal e, principalmente, após a Revolução Industrial do século XIX, o Estado começou a promover, principalmente por meio de ações curativas, a saúde dos indivíduos, especialmente a dos trabalhadores em seu ambiente de trabalho. Tais medidas não se iniciaram pelo Estado de forma espontânea e sim em razão de pressão realizada pelos empresários, à época, buscando evitar que seus empregados adoecessem, o que, ocorrendo, provocaria a diminuição de seus lucros⁵.

Com o surgimento do Estado Social e, em razão da evolução do conhecimento científico, a saúde passa a ser concebida como uma necessidade coletiva, cabendo ao Estado promover, além das ações curativas, as medidas preventivas de saúde e os serviços essenciais de atividade sanitária, a fim de que todos tenham acesso à saúde, independentemente de suas condições pessoais.

⁵ SCHWARTZ, Germano. *Gestão compartilhada sanitária no Brasil*: possibilidade de efetivação do direito à saúde. A saúde sob os cuidados do direito. Passo fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003, p. 112-113.

O conceito mais amplo de saúde é o descrito no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), aprovada em 22 de julho de 1946, que assim estabelece: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁶.

A definição de saúde como um estado de “completo bem-estar” não escapa de críticas, sob o argumento de que a plenitude de bem-estar é um ideal inatingível em qualquer lugar do mundo, não podendo ser exigida, como direito, de um Estado⁷, até mesmo porque o estado de bem-estar depende, também, do próprio indivíduo. Em sentido contrário a essas críticas, alega-se que o estado de bem-estar completo não é um objetivo estático a ser alcançado, mas um processo dinâmico e constante de sua implementação⁸. Afirma-se, ainda, que a saúde integra um sistema social complexo e dinâmico⁹, influenciado por inúmeras variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço, tendo como fatores determinantes e condicionantes aspectos socioeconômicos e ambientais¹⁰.

⁶ A OMS é uma agência especializada das Nações Unidas, fundada em 7 de abril de 1948, quando 26 membros das Nações Unidas ratificaram os seus estatutos. Seu propósito primordial é a consecução, por parte de todos os povos, dos mais altos padrões de saúde possíveis. Disponível a partir de: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 27 de fev. 2017.

⁷ SANTOS, Lenir. *Direito à saúde e qualidade de vida*. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres. Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora. 2010, p. 29.

⁸ Sueli Gandolfi Dallari sustenta que “(...) curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição do objeto o deformará irremediavelmente. O conteúdo do direito à saúde. In: Costa, Alexandrino Bernardino et al. (Org). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 10.

⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde. Ejetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

¹⁰ No Brasil, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano de 1986, adotando o conceito amplo de saúde, concluiu: “Em seu sentido mais

Afirma-se, ainda, que a saúde integra um sistema social complexo e dinâmico¹¹, influenciado por inúmeras variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço, tendo como fatores determinantes e condicionantes aspectos socioeconômicos e ambientais¹².

Apesar das críticas, pode-se concluir que o conceito de saúde delineado pela OMS é composto de dois aspectos: a) um aspecto negativo, isto é, a ausência de doença ou de enfermidade, seja em razão de ações preventivas – direcionadas a evitar a proliferação de doenças endêmicas ou crônicas¹³ -, seja em consequência de ações curativas – destinadas a sanar doenças já instaladas; e b) um aspecto positivo, mediante ações que promovam uma melhor qualidade de vida, na forma de bem-estar físico, mental e social¹⁴.

abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis da vida”. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 03 de mar. 2016.

¹¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde. Ejetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

¹² No Brasil, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada no ano de 1986, adotando o conceito amplo de saúde, concluiu: “Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis da vida”.

¹³ Nesse aspecto, vale citar as campanhas de vacinação e de fornecimento gratuito de medicamentos para o combate ao colesterol e à hipertensão, como forma de se evitar, respectivamente, ataque cardíaco e acidente vascular cerebral.

¹⁴ Importante notar que as condições de bem-estar físico, mental e social foram abraçadas pela nossa legislação, conforme § Único do art. 3º da Lei 8.080/90, nos seguintes termos: “Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

1.2. Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito (Estado de Direito e de Justiça Social). Isto é, além de se organizar juridicamente como Estado de Direito, o Brasil adotou, como regime político, o princípio democrático, o qual, nos termos da Carta Magna, impõe ao próprio Estado o dever de garantir a eficácia e a proteção dos direitos fundamentais.

Observa-se, claramente, que o Constituinte de 1988, ao adotar, como fundamento do Estado, o princípio democrático, consagrou a opção pelo Estado Social, ou seja, aquele que não apenas garante o exercício das liberdades individuais, mas, sobretudo, busca implementar, no maior grau possível, os direitos fundamentais positivos, garantindo a eficácia dos direitos sociais.

Prenunciado pelas Constituições de 1934 e de 1946, o Estado Social foi abraçado pela Carta Política brasileira com vigor e ousadia e deve ser aperfeiçoado, constante e concretamente, por meio de um conjunto de medidas tendentes a superar as desigualdades regionais, sociais e raciais.

Nossa Carta Magna elencou, no caput do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais, iniciando pelo direito à vida, e, já no art. 6º, (ainda no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais), enumerou os direitos sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde, delineado, posteriormente, nos artigos 196 a 200, os quais trazem o dever de regulação, fiscalização e controle do Sistema Único de Saúde, bem como especificam diretrizes de atendimento integral, descentralização e de participação da comunidade em uma rede regionalizada e hierarquizada.

Ao estabelecer o direito à saúde como direito social, a Constituição Federal reconhece a saúde como um direito fundamental humano de segunda dimensão, de caráter prestacional,

vinculativo das atividades estatais e de aplicabilidade imediata, conforme dicção do art. 5º, § 1º, do mesmo Texto¹⁵.

A Constituição brasileira, para além de dimensão biológica, conferiu à saúde uma dimensão biopolítico-social¹⁶, dimensão esta que exerce grande influência na dimensão jurídica de saúde. É o que extrai do art. 196 (CF), assim expresso¹⁷:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde, posto como dever do Estado, deve garantir que todo cidadão viva em um ambiental social sadio, por meio de políticas públicas sociais e econômicas que tenham como objetivos a redução das doenças e o acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde – serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde -, objetivos esses socialmente relevantes e politicamente pré-determinados.

Analisando o direito à saúde na Constituição, Germano Schwartz¹⁸, na mesma linha conceitual dada pela OMS, associa a

¹⁵ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. *Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

¹⁶ SANTOS, Lenir Santos; CARVALHO Guido Ivan de. *Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4 ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2005, p. 15.

¹⁷Repisando a força normativa da Constituição, o art. 2º da Lei do SUS assim estabelece: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º. O dever do Estado de garantir saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. § 2º. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

¹⁸ SCHWARTZ, Germano *Direito à saúde. Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-99.

ideia de saúde preventiva às expressões “risco de doença e outros agravos”, bem como ao termo “proteção”. Interpreta a expressão “recuperação”, como a ação curativa, para o restabelecimento da saúde e, por fim, identifica o termo “promoção” como vínculo entre a qualidade de vida e a saúde.

Importante mencionar que a Emenda Constitucional no. 29/00 acrescentou o § 2o ao art. 198, determinando a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços de saúde, que deve ser considerada como norma de observância obrigatória, sob pena de intervenção no caso de descumprimento (art. 34, VII, “e”).

1.3. Política Pública de Saúde

Ao reconhecer os direitos sociais com *status* de direitos humanos fundamentais, a Lei Maior brasileira impõe ao Estado o dever de garantir esses direitos mediante a prestação de serviços públicos, ações e programas administrativos denominados políticas públicas.

Imperioso ressaltar que o termo “política” não deve ter a conotação, obviamente, de “política partidária” ou “política de governo”, mas sim ser compreendido em sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização de poder¹⁹, ou seja, como uma verdadeira “política de Estado”.

A grande dificuldade de se definir o instituto de políticas públicas sob o enfoque jurídico já foi acentuada pela doutrina²⁰, mas há pontos de congruência conceitual, como se vê a seguir.

Fábio Comparato define política pública como “um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas consistem numa atividade ordenada

¹⁹ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 242.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Org). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 352, v. 2.

de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado”. E complementa: “toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios e instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado”²¹.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²² Para a autora, a evolução da Ciência do Direito, ao compreender políticas públicas como categoria jurídica, ocorre “à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”²³.

O interesse jurídico pelas políticas públicas é recente e vem aumentando paulatinamente na mesma proporção do agigantamento do Poder Executivo (Federal, Estadual ou Municipal), fenômeno próprio do Estado social. Verifica-se, com isso, o empoderamento da função executiva frente às funções legislativas e judiciais. Observa-se o deslocamento do foco da atenção governamental da lei para as políticas públicas, como decorrência da mudança do Estado legislativo para o Estado social, o qual tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.

Nesse contexto, insere-se a política pública de saúde, a qual pode ser inicialmente definida como as ações governamentais coordenadoras dos meios à disposição do Estado e das “atividades

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Eros Roberto Grau: Sérgio Sérulo da Cunha (Orgs.). *Estudos de direito constitucional – homenagem a José Afonso da Silva*, p. 248.

²² DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 241.

²³ DALLARI BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

privadas”, visando à redução dos riscos de doenças e ao acesso universal e igualitário à saúde.

Consoante dicção do art. 197, CF, as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Do citado texto constitucional, podem ser extraídas as seguintes situações: (i) *saúde pública*: as ações e serviços de saúde quando prestados diretamente pelo Estado, por meio de pessoal, recursos e equipamentos próprios de sua Administração direta ou indireta, são considerados públicos; (ii) *saúde pública complementar*: são também públicas as ações e serviços de saúde executados, de forma complementar, por instituições particulares, com ou sem fins lucrativos, que agem em nome do Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, devendo observar os princípios e diretrizes que o organizam; (iii) *saúde suplementar*: são consideradas privadas as ações e serviços de saúde executados pelas entidades privadas em nome próprio, na forma de livre iniciativa; 4 – as ações e serviços (públicos e/ou privados) de saúde são de relevância pública e sua regulamentação, fiscalização e controle são sempre de atribuição do Poder Público. Com efeito, tanto as ações e serviços de saúde prestados diretamente pelo Estado, quanto aqueles prestados por entes privados, em nome do Estado e em nome próprio, com ou sem fins lucrativos, inserem-se na política pública de saúde.

As ações e serviços públicos de saúde, no Brasil, são de responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS), constitucionalmente delineado no art. 198 da Constituição Federal e legalmente estabelecido pela Lei 8.080/90, o qual se caracteriza por um sistema nacional composto pelos entes federativos, em seus três níveis: União, Estados e Municípios, e que devem se organizar sob o formato de uma rede interfederativa de serviços²⁴,

²⁴ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em

respondendo solidariamente pelas ações e prestações dos serviços de saúde²⁵, com fundamento no art. 23, II da CR/88²⁶.

Vale ressaltar que o SUS, embora seja a principal, é uma das políticas sociais e econômicas necessárias à garantia da saúde. Assim, não pode responder sozinho pelos demais fatores que interferem ou condicionam a saúde de cada indivíduo e da coletividade. Dessa forma, assim como a saúde não pode ser entendida como um fenômeno exclusivamente biológico, uma vez que tem como fatores determinantes e condicionantes aspectos socioeconômicos e ambientais²⁷, o Sistema Único de Saúde e seus órgãos não podem ser os únicos agentes responsáveis pela promoção, proteção e recuperação da saúde. Nesse sentido, deve ocorrer a chamada “intersectorialidade” ou “transsectorialidade”, ou

cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

²⁵Nesse sentido, STF – Agravo Regimental na Suspensão de Segurança de Tutela Antecipada nº. 175/CE, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 30 abr. 2010: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvam direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustar). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom> Acesso em 10 Mar. 2017.

²⁶“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

²⁷“Art. 3º (Lei 8.080/90): Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

seja, a articulação de saberes e experiências, nas fases de planejamento, implementação e avaliação de políticas, programas e projetos das diversas áreas de atuação governamental, com objetivo de alcançar resultados efetivos de proteção dos direitos individuais e sociais envolvidos. Trata-se, na verdade, da transposição do conceito de transdisciplinariedade para o campo das organizações e instituições, buscando-se uma atuação harmoniosa e sinérgica²⁸.

2. Complementariedade da saúde pública pela iniciativa privada

O exame da complementariedade, como se verá a seguir, guarda pertinência por sua expressa positivação na Constituição brasileira, a partir dos critérios de regionalização e especificidade para melhor atendimento pela rede pública de serviços. Passa-se, então, à delimitação de sua compreensão normativa e as respectivas consequências para os arranjos institucionais próprios da prestação dos serviços públicos de saúde.

2.1. Condições de complementariedade

Como visto acima, a Constituição Federal, em seu artigo 196, determina que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser prestado de forma universal e igualitária. No que diz respeito ao seu modo de prestação, o artigo 197 estabelece que as ações e serviços de saúde, públicos e/ou privados, revestem-se de relevância pública e sua execução poderá ser feita diretamente pelo Poder Público ou por intermédio de terceiros.

A prestação direta pelo Estado – de ações e serviços públicos de saúde – se manifesta em uma rede regionalizada e hierarquizada; constitui um sistema único (SUS) e se implementada em três níveis federativos: União, Estados e Municípios.

²⁸INOJOSA, R.M. *Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade* 2001. p. 102- 104. Disponível em: <<http://www.fundap.sp.gov.br/publicacoes/cadernos/cad22/dados/Inojosa.pdf>> Acesso em: 10 Mar. 2017.

Quanto à execução das ações e serviços privados de saúde por terceiros, a Constituição brasileira dispõe em art. 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Entretanto, em relação às ações e serviços públicos de saúde prestados pela iniciativa privada, a Lei Maior estabelece no parágrafo 1º, do mesmo artigo, que: “as instituições privadas poderão participar de *forma complementar* do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

A raiz etimológica da palavra “complemento” provém do latim *complementu* e significa: 1 - ação de completar ou complementar; 2 - diz-se daquilo ou daquele que completa ou complementa; que é suplemento ou acréscimo; 3 - designação de remate, retoque ou conclusão²⁹. De todos esses os significados, pode-se concluir que “complemento” é um ato acessório ou secundário de suplementar, acrescentar ou retocar algo que é o “principal”, previamente existente.

A primeira condição para a complementação dos serviços públicos de saúde foi colocada pelo legislador infraconstitucional foi estabelecida no art. 24 da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90): “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.” Em seguida, em seu parágrafo único, dispõe sobre quais instrumentos jurídicos viabilizaram a complementação: “a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”.

Como segunda condição, o artigo 26, *caput*, da mesma lei, determina que 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) e aprovados no

²⁹ Disponível em: <<http://www.lexico.pt/complemento/>> Acesso em: 11 Mar. 2017.

Conselho Nacional de Saúde. Por fim, o § 2º do mesmo artigo dispõe que “os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Por sua vez, a própria administração pública central, por intermédio do Ministério da Saúde, editou ato normativo (Portaria MS-GM n. 3.277, de 22 de dezembro de 2006), disciplinando que “quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde, e comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver impossibilidade de ampliação dos serviços públicos, o gestor poderá complementar a oferta com serviços privados”. Observa-se que o administrador ministerial, no exercício do seu poder-dever de regulação, além de estabelecer os pressupostos fáticos e jurídicos do que consistem “disponibilidades insuficientes”, caracterizando-os como utilização total da capacidade instalada dos serviços de saúde e comprovação e justificação da necessidade de complementar a rede; avançou, acertadamente, estabelecendo uma terceira condição de complementariedade, qual seja, a “impossibilidade de ampliação dos serviços públicos”.

2.2. Breves considerações sobre a distinção entre princípios e regras

Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos sempre foram relacionados à noção de Direito Natural. Com o tempo, foram alcançando um reconhecimento que lhes conferiu normatividade jurídica, ou seja, passaram a ser considerados, juntamente com as regras, como espécie do gênero *norma jurídica*.

Com o objetivo de superar a concepção positivista atrelada a um sistema jurídico fechado, preso a um modelo de regras, começaram a surgir teorias que, além de dar força normativa aos princípios, procuravam estabelecer critérios para distingui-los das regras.

Dessa forma, o primeiro critério utilizado para se dar normatividade aos princípios, como norma jurídica, foi o

reconhecimento de seu conteúdo deontico, isto é, sua afirmação como um dever que estabelece obrigações, permissões ou proibições de condutas.

Todavia, ainda faltavam critérios teóricos bem definidos que fizessem a distinção entre princípios e regras. Nesse contexto, duas teses (critérios de diferenciação) ganharam maior destaque na teoria do direito: a) a distinção quantitativa (tese fraca) e a distinção qualitativa (tese forte).

A distinção quantitativa, defendida por autores como Bobbio e Del Vecchio, baseava-se na ideia de grau de abstração ou de generalidade, ou seja, quanto mais abstrata e genérica for a espécie normativa, mais ela se identifica como princípio, distanciando-se do modelo de regras, que são concretas e específicas³⁰. Entretanto, o critério de abstração, por si só, não era suficiente para diferenciar princípios e regras, argumentando-se que a distinção deve se alicerçar na “qualidade” que a espécie normativa tem para servir de fundamento para a tomada de decisão. Na mesma linha de raciocínio, Karl Larenz reconhece a importância dos princípios constitucionais, na medida em que deverão ser levados em conta na interpretação da legislação ordinária e na concretização de cláusulas gerais.³¹

Buscando argumentos qualitativos da distinção entre essas espécies normativas, Robert Alexy apresenta sua tese que considera o “modo de aplicação” de cada uma delas, isto é, o modo pelo qual o conflito é resolvido, como critério distintivo da separação entre princípios e regras. Para Alexy, no caso de conflito entre regras, a solução é a declaração de invalidade de uma delas e sua retirada do ordenamento jurídico, salvo se houver o reconhecimento de uma exceção que exclua a antinomia. Conclui, destarte, que as regras são

³⁰ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso das Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

³¹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 479.

mandamentos definitivos, que são aplicáveis na maneira do “tudo-ou-nada”³².

Por sua vez, os princípios não são normas definitivas, na medida em que apresentam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa e, ainda, porque a aplicação de um determinado princípio não implica na exclusão de outro princípio do ordenamento jurídico. Com efeito, os princípios estabelecem obrigações ou mandamentos *prima facie*, já que podem ser superados ou afastados, no caso concreto, em razão de outros princípios. Nesse sentido, consoante Virgílio Afonso da Silva, observa-se que:

“No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. Pode-se dizer que o longo caminho entre um (o “*prima facie*”) e outro (o “definitivo”) é um dos temas centrais deste trabalho³³”

Exatamente por conta dessa possibilidade de superação ou afastamento de um princípio, no caso concreto, em favor da aplicação de outro princípio, que Alexy afirma existir uma dimensão de peso entre os princípios, nos casos de colisão. A decisão de prevalência de um princípio sobre outro será tomada de acordo com um critério ou método³⁴ de “proporcionalidade”.

³² ALEXY, Robert, op. cit., p. 90-94.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45-46.

³⁴ Interessante ressaltar a que Virgílio Afonso da Silva, criticando diversos autores que tratam a proporcionalidade como princípio, argumenta que ela é, na verdade, uma regra de aplicação de outras regras, ou seja, uma meta-regra. (op. Cit. p. 168). Por sua vez, Humberto Ávila, também reconhecendo a falta de precisão metodológica de alguns autores, classifica a proporcionalidade como um

Nesse sentido, para o autor alemão, os princípios são normas jurídicas que obrigam que algo seja realizado, na maior medida do possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas³⁵ do caso concreto. Dessa forma, os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização e podem, em cada caso concreto, ter sua aplicação em diferentes graus. Essa conclusão leva Alexy a afirmar que os princípios podem ser equiparados a valores, isto é, relacionam-se em um nível axiológico³⁶. Tal afirmação, contudo, contradiz a ideia inicial de que todas as normas jurídicas, sejam princípios ou regras, tem um conteúdo deontológico, de dever-ser.

Canotilho, considerando as principais teorias sobre a distinção entre princípios e regras, sistematizou os principais critérios diferenciadores da seguinte forma:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador ao juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz);

“postulado normativo aplicativo”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135.

³⁵ Dificilmente um princípio será realizado *in totum*, porque encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso das Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94.

³⁶ Op. cit, p. 144-145.

as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.³⁷

Assim, com base nessas características comuns às normas-princípios, é preciso analisar se norma de organização que define a participação da iniciativa privada na execução de ações e serviços públicos de saúde no SUS, pode ser reconhecida como um princípio constitucional organizativo.

2.3. Norma de complementariedade como princípio

Conforme disposição constitucional já examinada acima, as instituições privadas somente poderão participar de *forma complementar* do sistema único de saúde, seguindo obrigatoriamente suas diretrizes, por meio de contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Os princípios jurídicos incorporam ao ordenamento jurídico positivo valores a serem protegidos e objetivos sociais a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade. Dessa forma, gozam de eficácia normativa, na medida em que se irradiam para o sistema jurídico e vinculam a atuação dos órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na determinação de sentido, alcance e aplicação das demais normas que regulam a concretização dos direitos fundamentais e sociais representativos dos valores eleitos e dos fins visados³⁸.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1160.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355.

O valor saúde foi reconhecido como um direito social fundamental e como dever estatal (art. 196, CF). A Constituição dispôs ainda que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, CF), também reconhecida esta como um valor fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, inciso IV, CF). Contudo, a própria Constituição, realizando a ponderação entre o valor saúde como dever estatal e o valor da livre iniciativa, permitiu que instituições privadas participem, de forma complementar, no Sistema Único de Saúde, segundo seus os princípios organizativos (art. 199, § 1º). Dessa forma, dentre esses princípios organizativos, encontra-se o princípio da complementaridade, ou seja, a obrigação estatal de executar diretamente as ações e serviços públicos de saúde, reservando à iniciativa privada uma atuação complementar.

Observa-se, ainda, que a norma constitucional brasileira estabelecida no parágrafo 1º, do art. 199, tem as seguintes características: a) abstração ou generalidade; b) apresenta conceitos vagos e indeterminados; c) tem natureza estruturante e vinculativa; d) estabelece padrões (parâmetros/limites) de atuação.

No que concerne à primeira característica, verifica-se que a referida norma apresenta elevado nível de abstração e generalidade, visto que deverá ser aplicada a todos os prestadores particulares de serviços públicos de saúde, com ou sem fins lucrativos e independentemente de sua forma de organização ou estruturação.

Com relação à segunda característica, constata-se que é permitido às instituições privadas com ou sem fins lucrativos participar, de forma complementar, do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convenio. Contudo, o referido enunciado normativo não traz de forma clara e precisa qual o significado do termo “complementar”, sobre quais hipóteses fáticas irá incidir, quais os meios possíveis para cumprimento de seu mandamento, e tampouco indica a extensão dos efeitos da norma a ser aplicada. Verifica-se também que nenhuma das demais disposições constitucionais que regem o direito à saúde procuraram definir os limites e contornos do conceito de “complementaridade”. Com isso, não se tem uma noção nítida e exata de até que ponto a atuação privada no SUS é entendida como

complementar, ou o “quanto” de ações e serviços de saúde podem ser executados por instituições privadas sem caracterizar um substituição dos entes públicos obrigados a proteger e promover o direito à saúde. Nesse sentido, o termo “forma complementar” deve ser considerado como um conceito jurídico indeterminado, o que demanda do legislador infraconstitucional uma densificação de seu conteúdo, mantendo-se a força normativa já extraída do texto constitucional.

Depreende-se, ainda, que a norma constitucional citada reafirma a opção política pela adoção de um sistema público de saúde, com acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde por todos, brasileiros e estrangeiros, que estiverem em território nacional. Com efeito, vincula todos os poderes constituídos – legislativo, executivo e judiciário -, para que garantam a concretização, implementação e permanência do Sistema Único de Saúde.

Estabelecem-se, também, determinadas formas de atuação e preferência de destinatários que poderão complementar, por meio da iniciativa privada, os serviços públicos de saúde. Assim, disciplina que ações e serviços de saúde, prestados de forma complementar, devem seguir as diretrizes do SUS, o que demonstra, indubitavelmente, que tais ações e serviços não deixam de ser públicos, apenas por serem executados por entes privados. Determina-se, ainda, que o acordo entre o Estado e as entidades particulares deverá ser firmado na forma de contrato de gestão ou convênio; e que, por fim, terão prevalência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Tais determinações fixam padrões e limites que deverão ser observados pelo Poder Público, ao autorizar a prestação de serviços públicos por entes privados, bem como a forma como esses mesmos entes executarão as ações e serviços públicos de saúde.

Extraí-se, por fim, que autorização do Poder Público para prestação de serviços públicos de saúde por entes privados deverá seguir o seguinte limite: não deverá ser repassada para a iniciativa privada uma quantidade de ações e serviços públicos de saúde que

representem uma atuação de forma “substitutiva”, ao invés de apenas “complementar”, conforme previsão constitucional.

Essa limitação de “delegação” terá, em consequência, dois alcances, um “horizontal” e outro “vertical”, a saber: a) horizontal ou territorial: o Poder Público não deve permitir a atuação terceirizada em vários equipamentos de prestação de serviços públicos de saúde, tais como, hospitais, clínicas, postos, dentre outros; e b) vertical – dentro de um mês serviço específico ou conjuntos deste que caracterizem um nível de atendimento: o Estado não pode autorizar que todos os profissionais de saúde de uma mesma especialidade médica estejam sujeitos à terceirização, ou seja, a Administração pública deverá ter, em seu quadro de cargos e empregos públicos e em número expressivo, todas as especialidades médicas necessárias à regular execução das ações e serviços de saúde.

3. Terceirização das ações e serviços públicos de saúde

A Administração Pública pode prestar os serviços públicos e administrativos de forma centralizada, pela própria Administração direta, ou de forma descentralizada, por intermédio de pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, da Administração indireta, mediante outorga, ou da iniciativa privada, por meio de delegação.

Com efeito, a centralização administrativa é a prestação de atividades públicas pela própria Administração direta, ou seja, União, Estados e Municípios e seus respectivos órgãos. Já a descentralização administrativa é a transferência da titularidade e/ou da execução de serviços públicos, para serem prestados pela Administração indireta ou por entes particulares.

Tradicionalmente, a descentralização administrativa é classificada em duas modalidades: a) a territorial e geográfica e b) a por serviços, funcional ou técnica. Entretanto, há autores³⁹ que

³⁹ Ver por todos Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

acrescentam uma terceira modalidade autônoma, denominada “descentralização por colaboração”, com características próprias diversas das modalidades anteriores.

A descentralização territorial ou geográfica é a transferência da execução de serviços públicos de um poder central para pessoas jurídicas de direito público, geograficamente delimitadas e dotadas de capacidade de autoadministração, ou seja, capacidade administrativa genérica, mas sujeitas ao controle do poder central⁴⁰.

Ocorre a descentralização por serviços, técnica ou funcional, também chamada de “descentralização mediante outorga legal”, quando uma lei específica cria uma entidade com personalidade jurídica própria, de direito público ou privado, ou autoriza sua criação, a ela atribuindo a titularidade e a execução de determinado serviço público. Essas entidades são as autarquias, fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas⁴¹ e podem ser criadas nos três níveis federativos: União, Estados e Municípios.

Por sua vez, a descentralização por colaboração, também denominada de “descentralização por delegação”, é a prestação de um serviço público por terceiro particular não integrante da administração pública, direta ou indireta⁴². Na espécie, transfere-se ao particular apenas a execução de determinado serviço público, mantendo-se, todavia, sua titularidade nas mãos do poder público, que possui o poder-dever fiscalização, com o objetivo de garantir sua adequada e regular prestação. A transferência da execução do

⁴⁰ Op. cit. p. 46-47.

⁴¹ Para Celso Antônio Bandeira de Melo, essas entidades são pessoas distintas do Estado, uma vez que “a atividade administrativa é centralizada quando é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade”. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p.167.

⁴² Nesse sentido, entende-se que o poder público presta serviços, diretamente, por meio da Administração Pública direta, composta pelo Estado (União, Estados e Municípios) e seus órgãos, e por meio da Administração Pública indireta, composta por autarquias, fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas.

serviço público pode ser feita por acordo de vontades ou por ato administrativo unilateral.

Di Pietro⁴³ menciona como exemplo de ato administrativo unilateral a autorização de serviço público, prevista no art. 21, incisos XI e XII, da CF e a permissão de serviço público, disciplinada, por exemplo, na Lei nº 9.427/97, art. 118, parágrafo único. Com relação aos acordos de vontades, a renomada autora cita, dentre outras modalidades, as seguintes:

(a) (...) a concessão de serviço público tradicional, precedida ou não de obra pública, e as duas modalidades de parcerias público-privadas; (b) a permissão de serviço público, como disciplinada pela Lei nº 8.987/95; (c) os contratos de gestão com organizações sociais que assumam a prestação de serviços públicos, como ocorre, por exemplo, na área de saúde; (d) a franquia que tenha por objeto a delegação de serviço público, de que constitui exemplo a que se concede no âmbito do correio (disciplinada pela Lei nº 11.668, de 2-5-08)⁴⁴.

Além das modalidades acima elencadas, o Estado tem se valido de outra forma de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, a qual será objeto de presente trabalho, a saber, convênios com cooperativas de profissionais, reguladas pela Lei n. 5.764/71, que estabelece a Política Nacional de Cooperativismo.

3.1. Conceito de terceirização

Antes mesmo se tentar traçar um conceito de terceirização, importa realizar uma aproximação da noção de “privatização”, bem como de quais hipóteses poderão ser consideradas como espécies de privatização de serviços públicos.

⁴³ *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

⁴⁴ *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

Di Pietro, acompanhando grande parte da doutrina nacional e estrangeira, define privatização como um conceito amplo ou um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas e que abrange todas as medidas implementadas pelo Poder Público com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado. A autora cita as seguintes hipóteses, como formas de privatização:

a. desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico ou, pelo menos, a mudança na forma de regulação); b. a desmonopolização de atividades econômicas; c. a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d. a procura pelas formas privadas de gestão, como a concessão de serviços públicos e, mais recentemente, as parcerias público-privadas (...); e. os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização; f. a liberalização de serviços públicos, em movimento inverso ao da *publicatio*; por outras palavras, atividades antes assumidas como serviços públicos perdem essa qualidade, passando a ficar abertas à livre iniciativa.⁴⁵

Nesse sentido, pode-se conceituar terceirização como espécie do gênero privatização e a forma pela qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado para realização de suas atividades.

Dessa forma, a terceirização da saúde pública traduz-se pela colaboração de instituições privadas, com ou sem fins lucrativos,

⁴⁵ Op. Cit. p. 5-7.

por meio de contratos ou convênios públicos, para execução das ações e serviços públicos de saúde no Sistema Único de Saúde, subordinados, contudo, às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo Estado, que manterá a titularidade dessas ações e serviços.

3.2. Inadmissibilidade de realização de convênio com cooperativas de profissionais de saúde

As cooperativas são disciplinadas pela Lei 5.764/71, que estabelece a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. O art. 4º da Lei dispõe que “as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados”.

Ao longo do tempo, as cooperativas foram se descaracterizando e passaram a ser usadas não para prestarem serviços a seus associados, mas, fundamentalmente, para que estes mesmos associados prestassem serviços para outras pessoas físicas ou jurídicas. Em outras palavras, as cooperativas passaram a ser meras intermediárias entre os profissionais associados – prestadores de serviços – e terceiros interessados – tomadores de serviços.

Um dos tipos de cooperativas que mais ganhou expressão foi a cooperativa de profissionais de saúde, especialmente médicos, que passaram a se organizar de forma cooperada, para prestarem serviços médicos diretamente a hospitais públicos e privados ou, indiretamente, mediante convênios com planos privados de saúde. O objetivo claro dessa forma de organização é garantir um maior poder de negociação da classe médica na obtenção de reajustes das remunerações pagas pelos tomadores dos seus serviços.

A terceirização de ações e serviços públicos de saúde, para serem prestados por cooperativas de profissionais médicos é inconstitucional, ilegal e extremamente nefasta em seus efeitos em longo prazo, já que o poder público delega ao particular (cooperativa) a execução de um serviço público essencial (saúde),

sem que haja possibilidades fáticas de retomar a execução do serviço no caso de sua descontinuidade, ficando, dessa forma, complemente refém de abusos cometidos pela classe cooperada, mormente nas negociações para aumento das remunerações pagas.

Realidade que muito bem retrata esses riscos foi e ainda é vivenciada pela população do Rio Grande do Norte. Neste estado, até o ano de 1996, os médicos anestesiológicos prestavam seus serviços ao Sistema Único de Saúde mediante credenciamento individual dos profissionais. A remuneração era feita com base na tabela SUS, que define os honorários dos profissionais que prestam serviço ao referido Sistema. Naquele mesmo ano, praticamente todos os anestesiológicos solicitaram descredenciamento conjunto do SUS, sob a alegação de que os valores constantes da tabela do Sistema eram insuficientes a remunerar dignamente os procedimentos anestésicos. Ato contínuo, os referidos profissionais médicos constituíram a Cooperativa dos médicos anestesiológicos do Rio Grande do Norte – COOPANEST, passando a atuar exclusivamente mediante contrato privado, impondo aos gestores do SUS local – Estado do Rio Grande do Norte e Município de Natal – a celebração de contratos de prestação de serviços médicos de anestesiologia dentro dos parâmetros considerados vantajosos pelos cooperados, tanto no que concerne a prazos de vigência do contrato, quanto com relação a preços e condições de execução dos serviços. A COOPANEST, ciente do seu poder, por congrega praticamente todos os profissionais anestesiológicos do estado, impôs condições cada vez mais prejudiciais ao SUS, protagonizando, desde a sua criação, diversos episódios de paralisação, o que ocorreu sempre que algum gestor se negava a aceitar os termos que são por ela estabelecidos. A cada episódio dessa natureza, rapidamente se estabelecia uma situação caótica, com graves consequências para os cidadãos que necessitam de intervenções cirúrgicas que dependem de anestesiológico, das mais simples às mais complexas.

Vale ressaltar, nesse caso, que, além dos usuários dos serviços públicos de saúde do estado do Rio Grande do Norte e do município de Natal, também se tornaram reféns da atitude abusiva

da citada cooperativa os usuários dos serviços privados de saúde, já que a COOPANEST também impôs suas condições, prazos e valores de remuneração aos hospitais privados e aos planos privados de saúde, o que levou o Ministério Público Federal no Rio Grande do Norte a fazer uma representação junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para apuração de formação de cartel e domínio de mercado relevante por parte da COOPANEST, tudo com base na Lei 8.884/94.

Em todos os episódios de ameaças de paralisação havia também a atuação extrajudicial do Ministério Público Estadual, por meio de suas promotorias de defesa da saúde e de defesa do consumidor, as quais intermediavam acordos e renegociações, a fim de evitar que houvesse a efetiva suspensão dos serviços médicos de anestesiológicos.

A situação chegou a tal ponto insustentável que, no ano de 2008, Ministério Público Estadual e Federal, em litisconsórcio ativo, ajuizaram ação civil pública⁴⁶, requerendo, dentre outras providências, as seguintes medidas: a) reconhecimento da ilegalidade da cooperativa e sua consequente dissolução judicial da COOPANEST, com fundamento no artigo 24, inciso V, c/c art. 27, todos da Lei nº 8.884/94; b) a abstenção dos profissionais médicos anestesiológicos reunirem-se, sob qualquer forma de pessoa jurídica, com o objetivo de dominar o mercado de prestação de serviços de anestesiologia; c) a proibição do estado do Rio Grande do Norte e do município de Natal de celebrarem contratos com a COOPANEST ou qualquer outra pessoa jurídica que implique em terceirização do serviço público de anestesiologia; d) realização de concurso público para os cargos de anestesiológicos e, até o seu efetivo provimento, a realização de seleção por contrato temporário; e) a condenação da COOPANEST/RN ao pagamento de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) a título de indenização por danos morais coletivos.

⁴⁶ Ação Civil Pública, Autos n.º 0011318-43.2008.4.05.8400, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do estado do Rio Grande do Norte.

Em sentença de primeiro grau, o Juízo da 4ª Vara federal da seção judicial do estado do Rio Grande do Norte deu provimento aos pedidos do Ministério Público, deixando de prover apenas o pedido de danos morais coletivos no importe requerido, para fixá-lo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A sentença foi objeto de recurso pela cooperativa-ré e, atualmente, encontra-se aguardando julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.⁴⁷ [AS1]

A experiência narrada confirma o erro e risco da terceirização de serviços saúde para serem executados por cooperativas de profissionais médicos, independentemente da especialidade médica dos associados. Nesse contexto, vale citar a crítica feita por Maria Sylvia Zanella di Pietro à Lei Municipal no. 11.866/95, de São Paulo, que autorizou o município a celebrar convênio com cooperativas dos profissionais da saúde para prestação de serviços na área da saúde pública. Afirma a renomada autora paulista que:

tais cooperativas, à semelhança das fundações de apoio e das organizações sociais, eram nada mais nada menos do que uma roupagem de que se

⁴⁷ Sentença com a seguinte ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. COOPERATIVA DOS MÉDICOS ANESTESIOLOGISTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - COOPANEST/RN. CONTRATOS COM ÓRGÃOS OU ENTIDADES PÚBLICAS FEDERAIS E ESTADUAIS. COMPETÊNCIA EM FACE DA CONEXÃO. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA. PRÁTICA DE ATOS PREJUDICIAIS À LIVRE CONCORRÊNCIA. DOMÍNIO DE MERCADO RELEVANTE. EXERCÍCIO ABUSIVO DE POSIÇÃO. CISÃO DA ENTIDADE. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL NOS HOSPITAIS DO COMPLEXO UNIVERSITÁRIO DA UFRN, MEDIANTE A CONTRATAÇÃO DA COOPANEST/RN. COMPROVAÇÃO. IMPOSIÇÃO À UNIÃO E À UFRN DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA SUPRIR A CARÊNCIA DE ANESTESIOLOGISTAS. DANOS MORAIS COLETIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. Disponível em: <<http://consulta.jfrn.jus.br/consultatebas/resconsproc.asp>> Acesso em 7 Abr. 2017.

revestia um órgão público para permitir a atuação sob os moldes da empresa privada e para permitir ao Município aliviar a folha de pagamento dos servidores públicos.⁴⁸

Essa forma de “delegação” total dos serviços públicos de saúde a cooperativas de profissionais médicos viola o alcance “vertical” do princípio da complementariedade, citado no tópico 2.3 acima (complementariedade como princípio), uma vez autoriza que todos ou a maioria dos profissionais de saúde de uma mesma especialidade médica estejam sujeitos à terceirização, sem que a Administração pública tenha, em seus quadros, servidores ou empregados públicos capazes de encampar os serviços e prestá-los diretamente, em caso de abuso de direito da entidade privada.

CONCLUSÕES

A terceirização da saúde pública é uma forma de colaboração do setor privado, por meio de contratos ou convênios públicos, para prestação das ações e serviços públicos de saúde, estando, para tanto, subordinados às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo Estado, que manterá a titularidade do serviço público de saúde.

Quando houver terceirização da execução das ações e serviços públicos de saúde, a atuação dos entes particulares será sempre de *forma complementar* ao sistema único de saúde, observando-se as normas de direito público e tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

São condições de complementariedade: a) disponibilidades insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área; b) o estabelecimento pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) dos critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial,

⁴⁸ *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 303.

condicionados à aprovação no Conselho Nacional de Saúde; c) utilização de toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde, e comprovada e justificada a necessidade de complementar rede pública; d) impossibilidade de ampliação dos serviços públicos.

Dessa forma, não poderá ser repassada à iniciativa privada uma quantidade de ações e serviços públicos de saúde que representem uma atuação de forma “substitutiva”, ao invés de meramente complementar, conforme previsão constitucional.

Reconhece-se a complementariedade como um princípio constitucional organizativo do Sistema Único de Saúde, que se irradia pelo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação e aplicação das demais normas protetivas do direito à saúde. Além disso, o princípio constitucional da complementariedade possui as seguintes características: a) abstração e generalidade; b) apresentação de conceitos vagos e indeterminados; c) natureza estruturante e vinculativa; d) estabelecimento de padrões (parâmetros/limites) de atuação.

Conclui-se, portanto, que a norma de complementariedade da saúde pública pela saúde privada, disposta como princípio no texto constitucional, estabelece que as ações e serviços *públicos* de saúde não poderão, em nenhuma hipótese, ser prestados exclusiva, integral ou, até mesmo, majoritariamente pela iniciativa privada, seja por meio de empresas privadas ou entidades sem fins lucrativos, tais como organizações sociais, organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, cooperativas de profissionais de saúde, dentre outras. Em outras palavras, a iniciativa privada de saúde, quando atuar de forma complementar ao poder público, o fará sempre de forma acessória e secundária, com o objetivo de acrescentar ações e serviços de saúde ao sistema público de saúde, qual seja, ao Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso das Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. *Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Estudo em homenagem a Geraldo Ataliba* (org. Celso Antônio Bandeira de Mello). São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto Grau & CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). *Estudos de direito constitucional – homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: Costa, Alexandrino Bernardino et al. (Org). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012,

IBANEZ, N. et al. Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2001, vol.6, n.2, pp.391-404. ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232001000200009>>. Acesso em 10 mar. 2017.

INOJOSA R.M. *Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersetorialidade* 2001. Disponível em: <<http://www.fundap.sp.gov.br/publicacoes/cadernos/cad22/dados/Inojosa.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2017

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2013

SANTOS, Lenir. *Direito à saúde e qualidade de vida*. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres. Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora. 2010.

SANTOS, Lenir & CARVALHO, Guido Ivan de. *Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45-46

SCHWARTZ, Germano. *Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde*. A saúde sob os

cuidados do direito. Passo fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

_____. Direito à saúde. *Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.