



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

O modelo de ajuste adotado para a Saúde Complementar no ano de 1998 – Contrato de Gestão com Organizações Sociais

Model setting adopted for complementary health in 1998 – Management Agreement with Social Organizations

Caroline Pereira Olivetti

Resumo: O presente artigo visa a confrontar o tratamento jurídico conferido à Saúde Complementar, permeado na Constituição Federal de 1988 (CF/88), na Lei do SUS (LOSUS) e na Portaria n. 1.034/10 do Ministério da Saúde, com a regulação das Organizações Sociais (OS) formalizada pela Lei n. 9.637/98. Busca-se, dessa forma, analisar os contrapontos entre os referidos diplomas legislativos e as incongruências geradas no âmbito da Saúde Complementar quando da incidência da Lei das OS nos ajustes realizados para a participação privada no sistema público de saúde, estruturado no Sistema Único de Saúde (SUS).

Palavras-chave: Direito à saúde; saúde complementar; terceiro setor; organizações sociais.

Abstract: This paper aims at confronting the legal treatment given to Complementary Health, permeated in the Federal Constitution of 1988 (FC / 88), in the SUS Law (LOSUS) and Ordinance n. 1034/10 of the Ministry of Health, with the regulation of Social Organizations (OS) formalized by Law n. 9637/98. Thus, it analyzes the counterpoints between these legislations and inconsistencies generated under Complementary Health when the Law of OS emanated in adjustments for private participation in the public health system, structured in the Unified Health System (SUS).

Keywords: *Right to health; complementary health; third sector; social organizations.*

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n2p637-665>

Artigo submetido em: dezembro de 2014

Aprovado em: maio de 2015

O MODELO DE AJUSTE ADOTADO PARA A SAÚDE COMPLEMENTAR NO ANO DE 1998 – CONTRATO DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

*Caroline Pereira Olivetti**

Sumário: 1 Introdução – Saúde Complementar; 2 Marco Jurídico das OS; 3 Organizações Sociais; 4 Organizações Sociais na Saúde Complementar; 5 Conclusão; 6 Referências.

1 Introdução - Saúde Complementar

O direito à saúde é consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no seu art. 6º, como direito social fundamental, corolário do direito à vida. Disso decorre que a todos é dado o direito ao acesso às ações e serviços de saúde, correlato ao dever estatal de garanti-los de forma universal. Nesse molde, a saúde foi instituída, no art. 196 da Constituição Federal, como direito de todos e dever do Estado, impondo-se a este o dever de atuar mediante políticas sociais e econômicas para garantir à população o acesso às ações e serviços de saúde, tanto sob o viés preventivo, quanto curativo.

Para tanto, e por determinação constitucional, foi instituído e estruturado o Serviço Único de Saúde, por meio da Lei n. 8.080/90, a qual define os princípios e diretrizes a serem observados na condução da execução das ações e serviços de saúde para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como para a redução do risco de doenças e outros agravos. Os serviços de saúde prestados no âmbito do SUS seguem o regime jurídico de direito público, haja vista que são de titularidade do Estado. Sob esse espectro, e por dicção expressa do art. 198 da Constituição Federal¹, os serviços de saúde são enquadrados no rol de serviços públicos, de titularidade estatal, consistentes em atividade de prestação material a suprir interesse da coletividade (MODESTO, 2005, p. 15).

O serviço de saúde habita, outrossim, no rol dos serviços de relevância pública, por força do art. 197 da Constituição Federal. À luz desse enquadramento jurídico, depreende-se que, por força da fundamentalidade do direito à saúde no contexto do Estado Social de Direito, consolidado com o escopo de maximizar o bem-estar social para além do dever estatal de prestação de serviços de saúde, encontra guarida constitucional a faculdade de o particular atuar, sob regime jurídico de direito privado, no âmbito da saúde. Nessa esteira, Paulo Modesto (2005, p. 27) interpreta que há um novo paradigma constitucional na prestação de serviços de saúde, qual seja, o modelo de zona híbrida, diametralmente oposto ao modelo de soma zero.

* *Graduada em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Realizou pesquisa na área, sendo financiada pelo CNPq. Advogada.*

¹ 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 (...)

O modelo de soma zero consistia na consagração de espaços delimitados para a prestação de serviços, entre os quais não haveria intersecção: o espaço de atuação do Estado, consignado nos serviços públicos, sob regime de direito público, e o âmbito de atuação do particular, restrito às atividades econômicas, sob regime de direito privado (MOREIRA, 1997, p. 24). Paulo Modesto considera que, no âmago da Constituição Federal de 1988 (CF/88), reside a primazia pelos direitos fundamentais sociais, os quais devem ser ampliados e maximizados com vistas a satisfazer o interesse social geral, de modo a estruturar um regime jurídico apto a concretizá-los. Para tanto, institui o modelo de zona híbrida, alicerçado na *ratio* constitucional, que consiste em um canal de convergência entre as prestações públicas e privadas onde se situa a prestação dos serviços de saúde.

Nessa zona híbrida persiste o encargo estatal de garantir as ações e serviços públicos de saúde sob o manto do regime jurídico de direito público, ao mesmo tempo em que é dado ao particular, em nível facultativo, atuar na prestação de serviços de saúde em encargo próprio, sob regime jurídico de direito privado, fundamento que encontra guarida na conjugação dos arts. 196 e 198 (atuação pública nos serviços de saúde) com o art. 199 (atuação privada na assistência à saúde), todos da Constituição Federal. No arremate dessa amálgama, a dicção do art. 197 da Constituição Federal expressa a ideia do modelo da zona híbrida, a partir do qual se compreende que é dado ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar as atividades de saúde, sejam elas de atuação privada ou estatal, haja vista o *status* de direito fundamental conferido, por força constitucional, ao direito à saúde.

A Saúde Complementar, por sua vez, é representada pela atuação da iniciativa privada em ações e serviços de saúde na seara da saúde pública, conforme acordo entre Poder Público e entidade privada, para a realização do direito à saúde, cuja relação jurídica é regida sob a normatividade do regime de direito público. Sob o viés do modelo da zona híbrida e sob o paradigma dos serviços de relevância pública, nos quais se inserem os serviços de saúde, não há que se falar em delegação estatal dos serviços de saúde, já que esses podem constituir-se no âmbito privado em encargo ordinário. Destarte, diz-se da complementaridade dos serviços de saúde no âmbito do SUS, mediante participação privada.

Primeiramente, faz-se premente investigar as fontes legislativas pioneiras que determinaram a forma como deve ser efetivada a relação jurídica entre Administração Pública e entidade privada na seara da prestação de serviços e assistência à saúde. Essa relação jurídica abrange as referidas partes conforme suas incumbências no acordo estabelecido: a Administração Pública, a quem é dado o **dever** de atuar por meio de políticas sociais e econômicas na execução de ações e serviços de saúde

decorre de mandamento constitucional²; a instituição privada, que tendo a faculdade de firmar o acordo impulsionada pelos seus próprios interesses, atuará de forma a fazer as vezes da Administração Pública quando esta carecer de meios e recursos mais adequados e aptos ao cumprimento efetivo de sua incumbência legal.

Assim, o artigo 197 dispõe:

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

Compreende-se, então, que a execução de ações e prestação de serviços de saúde, além de poder se dar de forma direta (pelo Poder Público), ou por meio de pessoa física ou jurídica de direito privado, também poderá ser empenhada “através de terceiros”. A partir da palavra delineada, terceiros, pode-se inferir que se trata de outras entidades a quem, legitimamente, a Administração Pública transfere a incumbência pela execução de determinadas tarefas, no âmbito da saúde pública, em observância ao dever de prover a atenção e a assistência à saúde para a coletividade. A Administração Pública não lhes transfere, no entanto, a responsabilidade pela garantia da disponibilização desses serviços e ações (responsabilidade, esta, que se conserva sob a égide estatal).

Tal aferição pode ser feita porquanto, além da análise sistemática de outros dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais, o próprio dispositivo se faz entender desse modo, uma vez que as possibilidades que se irrompem para o posicionamento das entidades nas incumbências impostas se exaurem nesse mesmo dispositivo da seguinte maneira: a) quando o dispositivo menciona que a execução das referidas atividades pode ser realizada diretamente, refere-se à execução pelo Poder Público, como pessoa jurídica única representada pela figura da Administração Pública; b) quando a mesma disposição é direcionada às pessoas físicas e jurídicas de direito privado, o dispositivo refere-se às entidades privadas atuantes em regime próprio – privado; c) quando a disposição é destinada a terceiros, tem-se que são entidades de pessoa jurídica distinta da Administração Pública, de modo a configurar ou pessoa jurídica de direito público, descentralizada, ou pessoa jurídica de direito privado, atuante sob regime jurídico público.

O § 1º do art. 199, por sua vez, não deixa margens para incertezas quando expressamente menciona: a) o modo pelo qual incidirá a participação da instituição privada no SUS - complementar; b) qual o regime a que obedecerá a entidade

² CF/88: “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 doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

prestadora de serviços de saúde – diretrizes do SUS, regime de direito público; c) quais os instrumentos passíveis de serem empregados para formalizar o acordo com o Poder Público – contrato de direito público ou convênio; d) restrição ao rol das entidades privadas, preterindo-se as entidades com fins lucrativos quando da possibilidade de firmar o acordo com entidades sem fins lucrativos. Transcreve-se:

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

Ainda, a LOSUS, Lei nº 8.080/90 que regula o Sistema Único de Saúde, dispõe:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS. (...) § 2º - **A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde-SUS, em caráter complementar.**
[grifo nosso]

E,

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.

Da análise dos respectivos dispositivos da LOSUS, pode-se depreender com elevado grau de certeza que é dado ao Poder Público a possibilidade de recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, quando comprovada a insuficiência do Poder Público para exercê-los e a impossibilidade de ampliação da cobertura assistencial. A busca do Poder Público pela complementaridade das ações e serviços de saúde por meio da participação privada decorre da imperiosa necessidade de assegurar a disponibilidade e o acesso desses serviços à coletividade na esfera do Sistema Único de Saúde, de modo que a relação jurídica firmada para tanto vigorara, por força de lei, sob a égide dos seguintes instrumentos jurídicos: contrato de direito administrativo ou convênio. Ressalte-se a determinação constitucional, albergada no art. 199, de que seja dada preferência a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos em detrimento das entidades com fins lucrativos, quando da realização do ajuste. Por essa razão, o presente estudo investigará a atuação das Organizações Sociais na saúde pública, delineando-se, em breve análise, o fio condutor que determina o liame entre as instituições do terceiro setor e a sua participação nos serviços públicos de saúde, com enfoque direcionado às Organizações Sociais.

2 Marco jurídico das OS

As Organizações Sociais são entidades pertencentes ao Terceiro Setor, tendo sua gênese na Lei n. 9.637/98. O Terceiro Setor é qualificado por abranger, no seu seio, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades destinam-se à promoção de alguns interesses públicos. Situa-se, o Terceiro Setor, entre o Primeiro e o Segundo setores, posições ocupadas pelo Estado e pelas empresas privadas (pessoas jurídicas privadas com finalidade lucrativa) do livre mercado, respectivamente. De forma precisa, Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, 2009, p. 224) conceitua o Terceiro Setor:

Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados.

Destarte, o Terceiro Setor foi concebido, no Brasil, como parte da Reforma do Estado nas últimas décadas do século XX, com vistas à desburocratização do Estado, à redução do aparelhamento estatal, e à eficiência na consecução das finalidades de interesse público, substituindo o Estado do bem-estar social, em parte, pelo Estado de fomento, gerencial. Neste, foi extirpada a ideia de que o Estado tem de prover todos os serviços e utilidades de interesse público de forma direta, imediata e exclusiva, cedendo lugar ao posicionamento de entidades que pudessem e tivessem interesse em suportar a implantação e execução de determinados serviços de interesse público, trazendo à tona a atuação mais eloquente da sociedade civil, carreada pelas próprias necessidades.

Dessa forma, o Terceiro Setor foi concebido com vistas a garantir uma grande flexibilidade na execução e disponibilização de utilidades de interesse público, para que estas se efetivassem de forma mais eficiente e mais próxima aos anseios da população a que visa a atender, com incidência do controle do Estado, sem transpassar tais incumbências ao setor privado de cunho lucrativo, modificando substancialmente o modelo já estabelecido de terceirização dos serviços públicos. Sobre o Terceiro Setor, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2008, p. 167) profere:

(...) as entidades do Terceiro Setor deverão se relacionar com o Poder Público sob dois aspectos distintos, mas consequentes entre si, quais sejam: a colaboração na implementação das políticas públicas e o controle decorrente desta colaboração.

Encontram-se no Terceiro Setor, portanto, instituições criadas e regidas à luz do direito privado, sem fins lucrativos, atuantes por meio da sociedade civil e a serviço dela em campo próprio do interesse público, razão pela qual são designadas sob a alcunha de entidades públicas não estatais.

Destarte, o Terceiro Setor atua consoante o Princípio da Subsidiariedade, cuja raiz remonta à Encíclica *Quadragesimo Anno* da Igreja Católica (DA ROCHA, 2013, p. 17). Esse princípio propaga que, para a defesa dos interesses regionais e em vista do bem comum, se deve priorizar a atuação da administração e dos habitantes locais – atuação local, em menor escala - em detrimento da atuação Estatal – mais abrangente, em maior escala. Considera, assim, que uma coletividade agrupada em um determinado local deve ser mantida com autonomia suficiente para perseguir os interesses próprios de seus integrantes, isenta de intervenção direta e coercitiva de uma entidade superior, de estrutura mais abrangente, a menos que esta coletividade não seja apta a fazê-lo de forma eficaz por seus próprios meios – quando, então, pode e deve agir a entidade de ordem superior, mediante apoio e exercício coordenado de ações.

Nessa ordem de ideias, o princípio da Subsidiariedade emana sobre o Terceiro Setor na medida em que este, formado pela sociedade civil, atua em atividades de interesse público, em determinadas localidades, onde se encontram as entidades que o copõem e, havendo necessidade de suporte de uma estrutura organizacional e gerencial de maior amplitude, obtêm, junto ao Estado, os recursos necessários ao alcance de seus objetivos institucionais.

Isso se deve ao fato de que as entidades do Terceiro Setor caracterizam-se pela finalidade não lucrativa, fato que, à primeira vista, viabilizaria a inserção dessas entidades na dianteira da execução de serviços sociais, deveres do Estado, sem retirar-lhes seu caráter público, universal e gratuito, conforme concebidos pela Constituição Federal de 1988. Interessa, ao Estado, que a execução desses serviços e atividades seja operada por outra estrutura organizacional, a qual deve ser plenamente capacitada para atender a essas demandas, quando já não encontra, no seio da sua Administração, recursos necessários à garantia da disponibilização de tais atividades com a eficiência e presteza que a natureza daquelas demanda.

Nesse ponto, importa à Administração exercer uma das atividades que lhe é própria, qual seja, a atividade de fomento a outras instituições, sem fins lucrativos, que já se encontram inseridas no ramo objeto de demanda social. Por meio do fomento, o Estado atua de forma a não somente manter a funcionalidade da máquina estatal, evitando sua expansão desordenada, mas também a incentivar e promover a ação da sociedade civil na área de interesse social em questão, de forma consensual e negocial.

A atividade de fomento do Estado, portanto, é facultativa, de modo que não é imposto ao Estado o dever de fomentar atividades de outras instituições. O Estado apenas pode se utilizar do fomento conforme a necessidade da Administração de satisfazer a demanda pela prestação e execução dos serviços públicos em prol da coletividade. Logo, o Estado atua na sua margem de discricionariedade, por averiguação da conveniência e oportunidade do fomento naquela dada esfera.

Ademais, o fomento é caracterizado pelo compartilhamento de riscos entre Estado e entidade do terceiro setor, de maneira a não sobrecarregar o Poder Público com encargos que dizem respeito a ambos os agentes. Isso porque, precipuamente, e na forma como originalmente concebida a atividade de fomento, o subsídio estatal não visa a cobrir os custos e recursos da entidade sem fim lucrativo, mas tão somente *suplementar* as suas necessidades naquilo que não comporta, integralmente, a estrutura e recurso da entidade fomentada (DA ROCHA, 2013, p. 26).

3 Organizações Sociais

No Plano Diretor da Reforma do Estado, as Organizações Sociais (OS) foram concebidas para darem vazão aos serviços públicos não-exclusivos (um dos quatro grupos que aloca funções do Estado, previstos pelo Plano), cuja prestação é, simultaneamente, livre ao particular e dever do Estado. Dentre os serviços públicos não-exclusivos conferidos às OS, previstos no rol do artigo 1º da Lei das OS (Lei nº 9.637/98)³, encontram-se os relacionados à saúde. A essa gama de serviços é dado corresponder, conforme preceitua Sílvio Luís F. da Rocha (2013, p. 100) no âmbito do Terceiro Setor, a propriedade pública não-estatal, onde se esteia o Programa Nacional de Publicização, previsto no artigo 20 da mesma Lei. O instrumento da publicização, próprio do Programa Nacional de Publicização, vai além do mecanismo de fomento originalmente estabelecido o qual, regido pela subsidiaridade, apenas suplementaria com recursos a entidade sem fins lucrativos. Por meio da publicização, a entidade sem fins lucrativos, após o processo que a qualifica como Organização Social, absorve *todos* os bens e serviços de titularidade estatal que pertenciam a uma entidade pública estatal, de modo que esta resta extinta a partir da transferência de todos os seus recursos para a OS.

Dessa forma, há duas formas pelas quais as OS se fazem atuar enquanto entidade do Terceiro Setor de interesse social e utilidade pública⁴: a) pela absorção dos meios, recursos, bens, serviços e pessoal de entidade da Administração Pública (v.g fundação pública) que, antes de ser extinta, atuava no setor de determinado serviço de relevância social⁵; b) pelo fomento, propriamente dito, delineado pelo Princípio da Subsidiaridade, quando o Poder Público fornece recursos previstos no contrato de gestão, os quais se somam aos recursos próprios da entidade para que ela continue a

³ Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

⁴ Lei nº 9.637/98, art. 11: As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

⁵ Acerca dessa opção, Maria Sylvania Z. Di Pietro explica: “A intenção do Governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a ideia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração de contrato de gestão” (DI PIETRO, 2009, p. 265).

exercer as atividades socialmente relevantes previstas no seu ato constitutivo (em conformidade com os princípios administrativos da continuidade, eficiência, universalidade). O fornecimento desses recursos não se dá na sua totalidade e, portanto, não implica na extinção de outra entidade estatal de mesma finalidade, consoante explanação de Da Rocha (2013, p. 102). O fomento, conforme previsão legal (Lei das OS), pode se dar sob a forma de dotação orçamentária (Art. 12, § 1º), mediante destinação de bens públicos, permissão de uso (Art. 12, §3º e Art. 13) e cessão especial de servidor público (Art. 14).

A legitimidade da transferência de recursos de entidade extinta do Poder Público também se alicerça na credibilidade conferida às Organizações receptoras dos recursos. Isso porque são qualificadas como capazes de atuar de modo mais eficiente na prestação de serviços de relevância social, quando comparadas a outras entidades da Administração Pública, o que contribui para a política de redução da máquina estatal, bem como para o controle da sociedade sobre esses serviços e sua execução.

O instrumento jurídico que possibilita os supracitados ajustes é o chamado *contrato de gestão* (art. 5º da lei das OS). Dessa forma, para se aperfeiçoar a publicização e atuação das OS nos setores a ela conferidos, são necessários dois atos: o reconhecimento e qualificação da entidade, pelo Poder Público, como uma OS e a realização do contrato de gestão entre a OS e o Poder Público.

Para ser qualificada como OS, a entidade sem fins lucrativos têm de atender a determinados requisitos estabelecidos em Lei. Dentre eles, o de atuar no ramo de serviços de relevância pública que estão previstos, exaustivamente, no artigo 1º da referida Lei. A entidade deve ter personalidade jurídica de direito privado e sua finalidade deve ser, obrigatoriamente, não-lucrativa. Para a prestação de determinados serviços, é permitida a cobrança de preço previamente estipulado, desde que o lucro decorrente deste não seja repassado aos associados da entidade, mas tão somente reinvestido em suas próprias atividades.

Pela conjugação dessas duas características, depreende-se que a entidade deve ser formalizada ou como associação, ou como fundação privada. Vale a ressalva de que, nos serviços de saúde, a hipótese levantada acerca de eventual cobrança pelos serviços frente aos usuários não se aplica ao serviço de saúde prestado pelas OS, já que esta atuará no âmbito da saúde complementar, prestando serviço de saúde pública e, por isso, deve obedecer aos princípios e diretrizes do SUS, bem como à gratuidade dos serviços frente aos usuários, uma vez que as ações e serviços de saúde oferecidos pelo SUS são financiados pelo Orçamento da Seguridade Social e Orçamento Fiscal.

Outra exigência da Lei para a qualificação de entidade como OS é a de que a entidade deve constituir um Conselho Administrativo, que funcionará como órgão interno de

deliberação e contará com a participação dos membros do Poder Público, por escolha deste, e membros da Sociedade Civil⁶. Ao Conselho de Administração caberá, dentre outras atribuições para estruturação e regulação interna, fixar o âmbito de atuação da OS, aprovar a proposta do contrato de gestão e aprovar o orçamento e programa de investimentos⁷. Também se impõe a obrigatoriedade existêcia de uma diretoria, na qual serão elaborados os relatórios gerenciais e de atividades da entidade⁸.

Para atingir a qualificação de OS, por fim, esta deve passar por um processo de aprovação, cujo critério legal consiste na análise da conveniência e oportunidade da OS, realizada pelo Ministro Titular de Órgão Supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social – no caso da saúde, o Ministério da Saúde - e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão [este recebeu a atribuição depois de extinto o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, extinto, por explicação de Da Rocha (2013, p. 120)]. Tal critério é bastante criticado por envolver processo discricionário na escolha da entidade mais qualificada para constituir uma OS, sem exigência de licitação ou mecanismo similar apto a assegurar a isonomia entre as entidades solicitantes no processo de escolha da entidade capacitada para ser qualificada.

⁶ Lei 9.637/98, Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I - ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

⁷ Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto; II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade; III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; IV - designar e dispensar os membros da diretoria; V - fixar a remuneração dos membros da diretoria; VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros; VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências; VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade; IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria; X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

⁸ Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma **diretoria** definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei; e Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: (...) IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, *os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria [grifos nossos]*.

Outrossim, critica-se o referido critério por envolver apenas o Titular do Ministério correspondente à área de atuação e ao Ministro do Orçamento, Gestão e Planejamento, centralizando uma decisão de caráter relevante, sobretudo para garantir a isonomia entre as entidades que pretendem se tornar beneficiárias do Poder Público. Não há nenhum critério objetivo e vinculante em Lei capaz de assegurar que o objeto da escolha será, deveras, a entidade mais qualificada para assumir os serviços de relevância social mediante fomento e absorção dos recursos públicos. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 239) é incisivo acerca do tema, quando profere:

trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.

A segunda etapa para que a entidade sem fins lucrativos passe a receber os recursos públicos consiste na realização do ajuste mediante contrato de gestão. Esse instrumento está previsto na Seção III da Lei das OS como único instrumento utilizado para formalizar o ajuste entre Administração Pública e OS e é meio necessário para legitimar a transferência de recursos a entidades públicas não-estatais, sem a exigência de licitação. Portanto, é nele que se imprimem os mecanismos de controle e fiscalização, como a obrigatoriedade de publicar relatório financeiro e de execução no Diário Oficial, documentos em que se estabelece o programa de trabalho com a especificação das formas de atuação, de metas qualitativas e quantitativas, prazos e formas de fomento. Ressalte-se a imposição da observância aos princípios administrativos (art. 7º da Lei nº 9.837/98), preceito que revela a emanção do regime jurídico de direito público sobre o ajuste firmado por meio do contrato de gestão, em que pese a entidade qualificada como OS seguir o regime jurídico privado.

4 Organizações Sociais na saúde complementar

Pois bem, o contrato de gestão revelou-se como mais uma forma possível de ajuste entre Estado e particular na Saúde Complementar com vistas à implementação e execução dos serviços públicos de saúde. A partir das OS e dos contratos de gestão, desenvolveu-se a possibilidade de transferência de aparato financeiro e material a uma entidade que, de antemão, demonstre ser atuante no setor, não detenha finalidade lucrativa, e seja apta a desempenhar o papel de agente da saúde pública. Composta por membros do Poder Público e da Sociedade Civil a entidade legalmente delineada para pactuar com o Estado sob a roupagem de Organização Social também é dotada de elevada autonomia gerencial e submetida a amplo controle pelo Estado. Sua participação nos serviços públicos de saúde encontra-se expressamente definida nos artigos 1º da Lei das OS, o qual delimita o rol de serviços de relevância pública passíveis de serem exercidos pela OS, e no artigo 18 do mesmo diploma, dispositivo de suma relevância para delinear os moldes em que se farão o contrato de gestão envolvendo os serviços de saúde.

Com vistas a vincular a entidade a regras claras e predeterminadas, o artigo 18 expressamente dispõe que a partir da transferência do aparato total de uma entidade estatal de saúde para uma OS, esta deve observar os princípios do SUS, *in verbis*:

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no [art. 198 da Constituição Federal](#) e no [art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990](#).

Destarte, inserem-se no contrato de gestão os requisitos pertinentes à Saúde Complementar, quando o seu objeto consiste em ação e serviços de saúde. A par de tudo quanto exposto neste Capítulo, integralmente aplicável à transferência da execução e gestão de serviços de saúde, Fernando Borges Mânica (2010, p. 252) revela considerar que o artigo 5º da Lei das OS deixa implícito que o contrato de gestão pode ser utilizado tanto para a atividade administrativa de fomento, quando dispõe “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento”, quanto para a delegação de serviços públicos, quando completa “e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º⁹”.

Assim, no segundo espécime admitido pelo contrato de gestão, quando a execução das atividades de relevância pública é efetivada e gerida por organizações sociais, deve-se levar em conta que as prestações não são operadas sob o manto do regime privado (caso em que se trataria do outro espécime, o fomento), mas sim, regidas pelo direito público. Por essa razão, é assertivo declarar que o contrato de gestão em questão é firmado no âmbito da Saúde Complementar, do que decorre que o serviço, objeto do contrato, permanece público. Em razão do caráter público desse serviço, não se questiona de que a responsabilidade pela sua prestação e disponibilização permanece, ainda, nas mãos do Estado (MÂNICA, p. 257).

Em que pese a permissão dos artigos 1º e 18 da Lei das OS para que a Administração Pública firme contrato de gestão com Organizações Sociais que se prestem à execução de atividades de saúde, sob o manto do regime jurídico público, bem como a indubitável natureza administrativa do contrato de gestão, há de se pontuar que os principais diplomas normativos que regem a saúde pública no Brasil não fazem previsão expressa do contrato de gestão como instrumento hábil a formalizar o ajuste na Saúde Complementar. Nesse sentido, tanto a Constituição Federal, como a Lei

⁹ Quando Mânica reconhece que, por este contrato, a publicização se identifica com uma concessão de serviço público, uma delegação de serviço público, tal figura jurídica passa a conflitar com a impossibilidade que o ordenamento jurídico prevê quanto à concessão dos serviços sociais. A corroborar essa tese, Maria S. Z. Di Pietro, em tópico destinado à Terceirização na área da saúde, profere: “Conforme assinalado, a descentralização por colaboração, mediante concessão ou permissão é inadequada para esse tipo de atividade, uma vez que, em ambas as modalidades, os concessionários e permissionários são remunerados, não pelo poder concedente, mas pelos usuários do serviço; sendo a saúde prestada gratuitamente, não há como utilizar esses institutos” (DI PIETRO, 2009, p. 226).

Orgânica do SUS (Lei n. 8.080) e a Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde (que regulamenta a Lei do SUS no que tange à saúde Complementar) não fazem remissão, em nenhum dos seus dispositivos acerca da Saúde Complementar, à celebração do ajuste por meio do contrato de gestão. De forma unânime, quando determinam que seja dada preferência às entidades sem fins lucrativos para a formação do ajuste do Poder Público com o particular, os supracitados diplomas mencionam, expressamente, que esse ajuste seja feito por convênio ou contrato de direito público.

A Portaria n. 1.034/10 do MS é o texto normativo que detalha de forma mais minuciosa os instrumentos jurídicos de ajuste no âmbito da Saúde Pública e os parâmetros a serem seguidos em sua utilização. Destarte, quando menciona no artigo 3º, II, que serão utilizados os contratos administrativos, minudencia que tal será utilizado quando o objeto do ajuste for a compra de serviços públicos. Sob essa dicção, não se poderia afirmar que abrange, também, o contrato de gestão, haja vista que o Poder Público, por meio dele, ou exerce uma atividade de fomento (que não configura compra, mas um auxílio de estímulo à execução de determinada atividade de seu interesse) ou transfere os seus recursos e aparatos, bem como parte da gestão dos serviços¹⁰, para que se dê continuidade à prestação dos serviços de saúde pela própria OS. Além disso, para ser enquadrado como contrato administrativo *strictu sensu*, deveria observar o procedimento licitatório imposto pela Lei regente dos contratos administrativos (artigos 2º e 54, §1º da Lei n. 8.666/93). Ocorre que não há essa imposição à celebração do contrato de gestão, pois a Lei das OS não prevê a licitação como condição para a contratação com as OS, mas tão somente o critério de conveniência e oportunidade na escolha da entidade contratante.

O contrato de gestão também não se caracteriza como o instrumento jurídico denominado convênio, o qual tem regulação e incidência prevista no art. 116 da Lei n. 8.666/93. Em que pese toda a discussão traçada acerca da constitucionalidade e legalidade da prestação de serviços públicos de saúde pelas OS, via contrato de gestão, há de se ponderar, como previamente exposto, a lacuna exibida na Portaria n. 1.034/10 do MS (diploma que trata especificamente da Saúde Complementar) quanto à aplicabilidade de tal instituto no âmbito da prestação de serviços de saúde pública por pessoas jurídicas de direito privado, ainda que sem fins lucrativos. É que o único instrumento aludido pelo diploma, apto a instrumentalizar a parceria entre instituição privada sem fins lucrativos e ente público, dirigida pelo interesse comum consistente na prestação de serviços assistenciais à saúde, é o convênio, consoante art. 3º, parágrafo único, inciso I do referido texto legal.

¹⁰ Quanto à gestão, diz-se que a Administração Pública transfere apenas parte da gestão à entidade não-estatal porquanto no âmbito dos seus gestores encontram-se pessoas do Poder Público, como quando compõem o Conselho de Administração.

Sob uma análise mais pragmática, o dispositivo, assim como a Portaria, não faz remissão à denominação Organizações Sociais, ou entidades públicas não-estatais, nem tampouco à Lei das OS. Faz, sim, a Portaria 1.034/10 do MS, no seu art. 5º¹¹, remissão à Lei n. 12.101/09, no que tange à certificação das entidades beneficentes de assistência social. Essa Lei dispõe, em Seção própria destinada à saúde, sobre as metas e parâmetros previamente estabelecidos quanto à atuação da entidade na prestação dos serviços de saúde. Dessa forma, a referida Portaria, ao regular o ajuste na Saúde Complementar entre Estado e instituições sem fins lucrativos, determina, de maneira vinculante, que o ajuste instituído via convênio observe o art. 3º da Lei n. 12.101/09¹² sem prejuízo de exigências técnicas, operacionais, ou demais que estejam dentro da esfera de conveniência e oportunidade ao gestor público do SUS.

O artigo 3º da Lei. 12.101/09 em comento refere-se à certificação, ou seja, ao procedimento formal utilizado para identificar e qualificar as entidades beneficentes de assistência social que detêm a finalidade de prestar serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação. Por conseguinte, tal procedimento propicia a produção dos efeitos de existência e atuação das referidas entidades no âmbito da saúde pública brasileira.

Destarte, o artigo enumera que a entidade deve ter sido constituída no período mínimo de 12 meses e demonstra ter atendido, no período, aos requisitos: a) constituição como entidade jurídica de tal natureza – entidade beneficente de assistência social –; b) não permitir que, em caso de dissolução ou extinção da entidade, o seu patrimônio seja destinado à outra pessoa jurídica senão entidade de mesma natureza ou pública. Esse requisito busca preservar e promover o intuito originário a que atende seus recursos e, eventualmente, os recursos repassados pelo

¹¹ Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente. Parágrafo único. As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.

¹² Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do **caput** do art. 1º; e II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas. Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congêneres com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.

Poder Público, qual seja, o interesse público (que, no caso específico, configura a saúde da população). Nesse sentido, o *caput* do artigo remete a que também sejam atendidos os requisitos dispostos nas respectivas Sessões da mesma Lei, conforme a área de atuação da entidade.

No caso em questão, trata-se das entidades que atuam na área da saúde, âmbito de atuação para o qual o parágrafo único estabelece a ressalva de que, quando o gestor público local do SUS entenda pela necessidade da formalização de ajuste com entidades beneficentes de índole sanitária, o período mínimo exigido de constituição da entidade beneficente pode ser menor que 12 meses.

As disposições sobre os requisitos para que a entidade possa ser certificada como beneficente, no âmbito da saúde, contêm a determinação de que a entidade de saúde deve comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio celebrado com o gestor local do SUS, bem como *ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); comprovar, anualmente, na forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados*. Nota-se, portanto, que o diploma legal obriga a entidade privada a prestar esclarecimento sobre a execução do objeto do ajuste de maneira precisa, a ponto de permitir que seja empreendida a incisiva fiscalização do órgão público responsável no que atine ao cumprimento do pactuado, em prol do direito público fundamental à saúde.

Ademais, em seu art. 5º, a normativa estabelece a obrigação da entidade de informar ao Ministério da Saúde: a) a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes não usuários do SUS; b) a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes usuários do SUS; e c) as alterações referentes aos registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES. Novamente, a acepção do dispositivo se dá no sentido de um rígido controle por parte da Administração de que o percentual mínimo de atendimento aos usuários do SUS, em detrimento das internações e atendimentos ambulatoriais a pacientes não usuários do SUS, será satisfeito a fim de dar continuidade ao ajuste. Para tal estipulação, leva-se em conta que o repasse de verbas realizados por meio do convênio se dá ao longo da execução do acordo. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo obriga a que a entidade mantenha atualizado o cadastro realizado no CNES, de modo a evitar qualquer tipo de comportamento fraudulento por meio de modificação no seu objeto social que venha a desqualificá-la como entidade beneficente de assistência Social.

Outra determinação constante na Seção X da Lei em comento obriga ao cumprimento da destinação dada, no mínimo de 60%, à execução de tarefas e atividades no âmbito da atenção e assistência à saúde. Essa imposição emana do art. 8º, o qual profere que, ainda que não seja do interesse do Gestor local do SUS o percentual referido de

prestação de serviços de saúde por parte da entidade, por não entender, assim, necessário, ao verificar a sua rede de atendimento, a entidade compromete-se a comprovar que a aplicação do percentual de sua receita esteja sendo aplicado na área da saúde, em parâmetros designado nos incisos I, II, III do mesmo artigo, relativos aos percentuais prestados em termos de serviços de saúde. Não obstante, o § 2º determina a vinculação necessária da receita aplicada diretamente recebida em decorrência da prestação dos serviços gratuitos de saúde. O art. 10, por sua vez, reforça tal entendimento quando dispõe que “em hipótese alguma será admitida como aplicação em gratuidade a eventual diferença entre os valores pagos pelo SUS e os preços praticados pela entidade ou pelo mercado”.

Desse modo, a Lei vincula a entidade tanto no que tange ao percentual mínimo de serviços de saúde a serem ofertados gratuitamente por esta, sobretudo no atendimento de âmbito ambulatorial, quanto o atinente ao percentual de receita aplicada pela mesma com relação ao que fora efetivamente exercido em termos de prestação de serviços de saúde gratuitos, sobretudo no âmbito do SUS, em nítido caráter de complementaridade.

Diante da análise da obrigatoriedade da observância da Lei n. 12.101/09 para as entidades sem fins lucrativos que visam a estabelecer ajuste com o Estado na Saúde Complementar, preceituada pela Portaria n. MS 1.034/10 no seu art. 5º, depreende-se que o conjunto normativo que regula a Saúde Complementar não admite a execução de ações e serviços de saúde por entidade pública não-estatal que não atenda aos requisitos expostos alhures.

Ocorre que, pela Lei das OS, não se impinge sejam observadas as normas constantes da Portaria n. 1.034/10 do MS no contrato de gestão, o que revela deveras incompatibilidade da Lei ao sistema estruturado normativamente para reger a Saúde Complementar. A Lei das OS, ainda, não enquadra nenhum dos imperativos qualitativos impostos àqueles que atuarão sob o regime jurídico do SUS, e a seu serviço, como um percentual mínimo obrigatório de oferta de serviços ao SUS, a exemplo da obrigatoriedade de oferta de, no mínimo, 60% desses serviços aos usuários do SUS, determinados pela Lei n. 12.101/09. Nesse ponto, inclusive, Maria Tereza Dias (2008, p. 298) reflete:

(...) não há previsão de o Estado poder exigir, no contrato de gestão com as organizações sociais, contraprestação em termos de certo percentual de serviços gratuitos diretamente ao cidadão, quando cabível. Como as atividades delegadas por intermédio do contrato de gestão podem envolver serviços sociais essenciais, tais como a saúde e educação, o cidadão corre o risco de ficar sem atendimento. O mesmo pode-se dizer do problema do não-alcance da universalidade desses serviços.

Resta, conforme salientado, um vácuo normativo quanto à possibilidade de contrato de gestão pelo diploma jurídico de maior especialidade, o qual regula de forma mais próxima e direta o instituto da Saúde Complementar.

Ainda sob esse prisma, Alexandre Santos Aragão (2013, p. 712) entende que o contrato de gestão não configura um contrato administrativo¹³, mas um instrumento de ajuste de colaboração, como segue:

A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo.

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 235) considera que o contrato de gestão se enquadraria, *a priori*, no gênero do contrato administrativo, com a ressalva de que, na lacuna da Lei das OS, não se estabeleceu exigência alguma para que a Administração Pública realize procedimento licitatório para contratação, conforme se depreende do seguinte trecho de sua obra “Curso de Direito Administrativo”:

Seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente “contratos administrativos”, figura jurídica perfeitamente conhecida. (...) Todo questionamento que possa caber – e cabe, diga-se, desde já – não diz respeito à viabilidade de um contrato entre Estado e um terceiro, mas a alguma particularidade de disciplina que se lhe queira outorgar. No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das “organizações sociais” pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.

A par dos divergentes entendimentos doutrinários acerca da natureza jurídica do contrato de gestão, impende destacar a razão pela qual o contrato de gestão, senão se revela incabível ao ajuste na esfera da Saúde Complementar, ao menos denota extravagante incoerência normativa na estrutura jurídica desta. *A priori*, o teor do parágrafo único do artigo 3º da Portaria n. 1.034/10 MS revela-se exaustivo, principalmente por configurar dispositivo destinado a especificar os instrumentos jurídicos passíveis de serem empregados na formação do acordo para participação complementar do particular na saúde pública, sem mencionar ressalvas, sendo categórico no apontamento dos instrumentos permitidos para a realização do ajuste com entidade sem fins lucrativos: convênio ou contrato administrativo.

¹³ Também parece ser esse o entendimento de Gustavo Justino de Oliveira, pelo trecho que se transcreve: “Ora, parece que no procedimento de estruturação do ajuste em tela, para que o mesmo possa configurar um autêntico *acordo administrativo colaborativo*, embora se reserve esse direito de elaboração de cláusulas às autoridades públicas, a versão final do instrumento há de ser aprovada por ambas as partes, notadamente em atenção ao que estipula o *caput* do art. 6º” (OLIVEIRA, 2008, p. 19).

Para sanar qualquer dúvida acerca da (in)aplicabilidade do contrato de gestão, na forma como é previsto o seu emprego na esfera sanitária - na lei das OS - e diante da imprevisão de seu uso no texto normativo regulador da Saúde Complementar, suscita-se do possível enquadramento do contrato de gestão em uma das duas formas previstas no art. 3º da Portaria 1.034/10 para o ajuste: em contrato administrativo ou convênio.

Se o contrato de gestão detivesse a natureza jurídica de contrato administrativo, deveria ser firmado mediante prévio procedimento licitatório, haja vista que os contratos administrativos são regidos pela Lei n. 8.666/93 e este diploma exige o procedimento da licitação como requisito necessário à contratação com a Administração Pública. Conforme já abordado amiúde, a Lei das OS dispensa a entidade sem fins lucrativos pleiteadora da qualidade de organização social da obrigação de se submeter ao procedimento licitatório, o que demonstra que o contrato de gestão, no caso, não se reveste da natureza de contrato administrativo.

Por outro lado, a vislumbrada hipótese de se enquadrar o contrato de gestão como espécie de convênio para finalidade de atuação particular na Saúde Complementar, a fim de preencher o requisito constante no art. 3º, inciso I da Portaria 1.034/10 MS, cai por terra diante da obrigatoriedade da certificação da entidade que pretende firmar o convênio, como beneficente e, por conseguinte, da observância de todos os requisitos elencados pela Lei n. 12.101/09, alhures minudenciados. Diante do exposto, sabe-se que a Lei das OS não contém, no seu corpo normativo, exigência alguma nesse sentido, o que vai de encontro ao diploma normativo que regula a saúde complementar.

Ou seja, a Lei das OS não vincula em dispositivo algum o contrato de gestão aos requisitos sublinhados na Seção I da Lei n. 12.101/09. Disso se extrai que o contrato de gestão, por não abrigar obrigatoriamente (por força da Lei das OS) a previsão dos requisitos mínimos obrigatórios exigidos para toda entidade sem fins lucrativos na Saúde Complementar, não se equipara ao convênio como instrumento apto a firmar o ajuste em comento.

Destarte, refutadas as hipóteses de utilização do contrato de gestão com as OS na Saúde Complementar, como instrumento legítimo perante a estrutura normativa da Saúde Pública e Saúde Complementar, no Brasil, vale salientar outro ponto fulcral na atuação das OS na Saúde Complementar que deve ser analisado e enfrentado sob um viés bastante técnico frente ao arcabouço normativo da Saúde Complementar: o instituto da publicização instituído pelo Programa Nacional de Publicização com esteio no artigo 20 da Lei das OS.

A publicização, como já esquadrinhado em tópico supra, consiste, no contexto das OS, na transferência total de todos os bens e recursos (materiais, tecnológicos, humanos, financeiros) de uma entidade pública, atuante no ramo da saúde pública, a uma

entidade privada sem fins lucrativos atuante no ramo da saúde, sendo tal transferência viabilizada pelo contrato de gestão. Dessa transferência resultam a completa extinção da entidade pública e a assunção dos serviços públicos de saúde pela entidade privada, cuja participação deve se dar, por definição em caráter complementar.

Ocorre que o termo complementar, quanto ao seu significado, enseja certa cisão entre cientistas do direito acerca da eventual limitação que este adjetivo, constitucionalmente e legalmente imposto, confere à atuação do particular na saúde pública.

A exposição de Fernando B. Mânica (2009, p. 175) reverbera no sentido de que não há, em diploma normativo algum concernente à saúde, o preenchimento de significado do termo em pauta, razão pela qual não deve ser tomado como uma forma de estreitamento das espécies e quantidade de serviços públicos de saúde que podem ser assumidos pelo particular em sua atuação no SUS. Em posição divergente, a doutrina majoritária entende que a complementaridade dos serviços de saúde prestados pelo particular na saúde pública, assim situada em dispositivo constitucional, legal e na Portaria n. 1.034/10 MS, surge como uma clarividente restrição imposta ao particular que protagoniza a relação jurídica com o Estado na Saúde Complementar. Maria Sylvia Z. Di Pietro (2005, p. 243) entende que a complementaridade da participação privada na saúde importa em que o particular fique restrito à gestão de apenas uma parcela ou um determinado serviço. Nas suas palavras:

(...) a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas de 'forma complementar', o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc. (...).

Malgrado o entendimento de Mânica, insta considerar alguns pontos atinentes à complementaridade dos serviços de saúde pública: i) é imputado ao Estado o dever da saúde (art. 196 da CF), sobretudo pela natureza social do direito à saúde, o qual denota encargo prestacional por parte do Poder Público perante a sociedade, na satisfação de seus direitos subjetivos essenciais. A partir disso é possível o entendimento, distinto do de Mânica, de que a incumbência da prestação direta do Poder Público não é facultativa, ou seja, de que não basta ao Poder Público, tão somente, formular políticas sociais e econômicas, mas também é seu dever a atuação

direta na prestação dos serviços; ii) a inserção do termo complementar seria prescindível caso não houvesse intuito restritivo da participação complementar, bastando que os preceitos contidos nos dispositivos que remetem à Saúde Complementar mencionassem apenas a participação do particular no Sistema Único de Saúde, sem o acréscimo da expressão “de formar complementar”. Dessa forma, extrai-se que o termo “complementar” não fora enxertado pelo Constituinte e legislador infraconstitucional de forma ocasional ou acidental, mas cinge um significado próprio; iii) o art. 2º da Portaria 1.034/10 MS especifica que a complementaridade dos serviços públicos de saúde pelo particular somente é possível quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área e obedecidos dois requisitos cumulativos, quais sejam: a comprovação da necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

Pois bem, uma vez tendo como pressuposto da Saúde Complementar a complementaridade dos serviços de saúde pelo particular, instituída como a única forma por meio da qual o particular atuará no âmbito do SUS na execução de serviços de saúde, indaga-se acerca do efeito da publicização como mecanismo de atuação das OS na Saúde Complementar. Sendo a publicização a transferência total de todos os recursos e de todos os serviços de saúde outrora prestados por uma entidade pública estatal, a qual resta extinta após a sobredita transferência, pode-se inferir, à luz do que se dispôs acerca da complementaridade nos serviços de saúde, que a Lei das OS infringe a determinação da participação complementar – determinação, inclusive, de cunho constitucional - quando prevê a publicização.

Isso porque, uma vez que se entende a complementaridade como a permissão de o particular atuar apenas sobre uma quota-parte dos serviços oferecidos por uma única entidade, a publicização desponta como mecanismo incompatível com a Saúde Complementar, já que confronta a complementaridade no seu aspecto restritivo ao permitir a “substituição” do Estado, prestador dos serviços, pela entidade particular, a qual absorve todos os recursos e serviços da entidade estatal a ser extinta.

Nessa trilha de ideias, a par da permissão constitucional e legal no que tange à complementaridade dos serviços de saúde pela iniciativa privada, no tocante à participação de entidades privadas sem fins lucrativos, o que se nota, por parte de muitos juristas, é a preocupação sobre eventual inconstitucionalidade por parte da Administração Pública, quanto à possibilidade de se ver terceirizar amplamente os serviços sociais, sobretudo os de saúde. Propagam que tal situação estaria se desviando do mandamento constitucional, o qual rege que a saúde é dever do Estado, e também do sentido axiológico da disposição constitucional no contexto do Estado de bem-estar social, no sentido de que o Estado é o responsável pela prestação desses

serviços e que, portanto, deveria ter um aparato próprio no sentido de provê-los, independentemente da participação privada.

Nesse sentido, profere Tarso Cabral Violin (2010, p. 309):

Entendemos que o Estado tem um papel importante na execução direta de serviços sociais como educação, saúde, assistência social, etc. É permitido que a iniciativa privada preste estes serviços, que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu aparelhamento pela prestação direta dos serviços sociais.

Outrossim, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 240) é partidário de que o ajuste para a transferência dos serviços sociais estabelecidos na ordem constitucional é, por esta, vedado:

(...) cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.¹⁴ (...) Não pode eximir-se de desempenhá-los motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de “adjudicá-los” a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

Nessa senda, posiciona-se Maria Tereza Fonseca Dias (2008, p. 200), quando aborda a problemática da Lei das OS e sua implementação sob a luz do Programa de Publicização, convergindo com os demais autores que receiam pela terceirização de serviços sociais de incumbência Estatal conferida Pela Constituição Federal de 1988, enfatizando os serviços relacionados à saúde, conforme expressa:

O posicionamento da doutrina, refletido nos votos divergentes da ADIN 1.943-1, pressupõe que o Programa de Publicização foi instituído tão-somente para que determinadas atividades ou serviços públicos – antes prestados diretamente pela administração pública – pudessem ser transferidos, de maneira discricionária e sem licitação a entidades privadas sem fins lucrativos, como forma de burla ao regime jurídico administrativo, sobretudo os serviços relacionados à saúde.

Em sentido oposto, Gustavo Justino de Oliveira (2008, p. 27) não considera que a transferência de recursos para as Organizações Sociais, componentes do Terceiro

¹⁴ Nota-se que, neste trecho, Bandeira de Mello toma por objeto o contrato de gestão assumido pelo Estado com as Organizações Sociais envolvendo a transferência dos recursos, com a absorção total destes pelas OS. Não parece, aqui, estar se referindo à ação, também cabível de se empenhar pela via do contrato de gestão, de fomento propriamente ditas, como um auxílio, a título de incentivo a que algumas atividades sejam plenamente desenvolvidas pela iniciativa privada sem fins lucrativos que as elegeu em seu ato constitutivo.

Setor, qualifica-se como uma terceirização, mas como um “realinhamento das funções estatais” pela via de ajuste colaborativo em função de conferir concretude à eficiência administrativa. Em suas palavras:

Sendo assim, a busca do legislador estaria mais voltada para um necessário *realinhamento das funções estatais*, que levariam não à privatização das atividades listadas no art. 1º da Lei Federal nº 9.637/98 (quando estas são desenvolvidas por entidades administrativas), mas à implantação de um novo modelo de gestão dessas atividades, um modelo de colaboração público-privado, desde que se justificasse como sendo o meio mais apto a ensejar a geração de melhores resultados da ação pública (vetor constitucional da eficiência administrativa).

Maria Sylvia Z. Di Pietro (2009, p. 267) ainda menciona que o contrato de gestão firmado com as OS, quanto à transferência integral de recursos pelo Poder Público a estas, caracteriza uma fuga ao regime jurídico de direito público a que está vinculada a Administração Pública, na medida em que uma entidade privada se utiliza de todos os recursos e servidores desta Administração para a execução de uma atividade de incumbência Estatal. Nessa lógica de ideias profere:

Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada por meio dessa nova forma de parceria. Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é Constituição que prevê os serviços sociais como *dever do Estado* e, portanto, como serviço público.

Considerando que as oportunas discussões até aqui desenvolvidas foram tecidas à luz da Constituição Federal, da Lei do SUS e da Portaria n. 1.034/10 MS, em confronto com os preceitos contidos na Lei 9.637/98 concernentes à saúde, clama-se, nesse ponto, por uma explanação também de ordem formal. Isso porque, à primeira vista, parece suceder a existência do confronto de normas envolvendo a Portaria 1.034/10 MS e a Lei Federal n. 9.637/98, tendo sido defendido, neste trabalho, a prevalência da Portaria, por exigir requisitos essenciais aos ajustes na Saúde Complementar, os quais não são previstos na Lei das OS que, por ser mais genérica, abrange outras áreas de serviços públicos que não somente a saúde.

Sabe-se que a natureza jurídica de uma Portaria é a de lei *lato sensu*, de hierarquia inferior à lei ordinária, e que não se submete aos procedimentos legislativos próprios das leis *stricto sensu*, como é a Lei n. 9.637/98. Entretanto, a Portaria n. 1.034/10 do Ministério da Saúde veio a regular os dispositivos concernentes à Saúde Complementar de uma Lei ordinária federal, a Lei n. 8.080/90, que regula a saúde pública e o SUS. Aliado a isso, tem-se que as Portarias são atos normativos que detalham a Lei, e aos seus limites encontram-se restritas ao regulá-la. Nesse sentido, é

possível corroborar com a tese de que a Portaria, ao detalhar a Lei, não diz nada além do que a *mens legis* busca alcançar, mas tão somente aperfeiçoa o seu sentido e sua finalidade. Desse modo, se outra Lei *stricto sensu*, que versa sobre matéria mais genérica à da Lei *stricto sensu* que a Portaria regula, contrariar o que esta Lei regulada pela Portaria preceitua, nos termos dessa regulação, poder-se-ia alcançar o sentido de que aquela Lei estaria confrontando a esta Lei, regulada pela Portaria, nos termos da regulação desta.

Assim, entende-se que as determinações contidas na Portaria n. 1.034/10 do MS estão sendo desviadas por outras normativas de maior generalidade e anterioridade. Isso porque há uma Lei Federal que, embora tratando de tema mais genérico que o tratado pela Portaria, toca em ponto por esta também regulado, porém em sentido diverso (no caso, o ajuste do ente privado com o Poder Público para atuar na saúde pública sob o regime do SUS). Sobreleve-se, no entanto, que a Portaria regula dispositivos de outra Lei Federal, mais específica, no caso, a Lei do SUS. A Lei das OS, foi publicada em 1998, ao passo que a Portaria do Ministério da Saúde, editada com o intuito de regular os dispositivos da participação complementar presentes na Lei do SUS, foi publicada em 2010 e seus dispositivos não foram impugnados. Sob essa análise, a Lei Federal das OS, mais genérica - porquanto trata de outros temas que não apenas a saúde - quando confronta o estipulado na Portaria em questão que regula¹⁵ a Lei Federal do SUS, acaba por ferir o valor axiológico das normas protetivas da saúde pública, em conformidade com o SUS.

Em adição, há parecer no sentido de que no caso de confronto entre uma norma geral superior e outra norma especial inferior não há uma regra geral de solução de conflito, prevalecendo a antinomia real. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (1998, p. 50) profere que a preferência do critério hierárquico ao da especialidade, ou o contrário, não é preestabelecida sob pena de incidir na contrariedade da adaptabilidade do direito, não havendo que se falar em prevalência nesse grau de conflito. Em suas palavras:

No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência.

A renomada autora prossegue (DINIZ, 1998, p. 51) estipulando que, no caso em pauta, a utilização do princípio da suprema justiça é imperativa para solucionar o conflito

¹⁵ Nesse sentido, no preâmbulo da Portaria 1.034/10 verifica-se: "Considerando a aplicabilidade aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal das normas gerais da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da legislação complementar, especialmente o que estabelecem os arts. 17, inciso X, 24 a 26 e 43 da Lei nº 8.080, de 1990; (...)" [grifo nosso]

entre normas, já que os critérios para solução de antinomias não estão dissociados de considerações valorativas para que a lei seja aplicada em conformidade com os objetivos sociais, como segue:

Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o *princípio da suprema justiça*: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais.

No que diz respeito ao conflito entre a Portaria n. 1.034/10 MS e a Lei das OS (sendo a primeira inferior e especial, e a segunda superior e geral), diante da análise do conteúdo teleológico e axiológico das referidas normativas em conformidade com o princípio constitucional da isonomia; da qualificação constitucional da saúde como direito social; da instituição da participação privada na saúde pública de forma Complementar, extraem-se alguns valores preponderantes que resultam na prevalência da norma especial inferior à norma geral superior.

O primeiro decorre da aplicação do princípio da isonomia, aplicável tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, segundo o qual aquelas que se encontrem em situação idêntica devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sendo possível preterir uma em detrimento da outra com emprego de critérios distintos. Sob esse viés, uma entidade sem fins lucrativos que pleiteie a participação complementar na saúde pública deve ser rigorosamente submetida a critérios idênticos aplicados à outra.

Se pela legitimação da escolha a partir da Lei das OS decorre a convocação para o ajuste com o Poder Público de uma entidade que não cumpra os requisitos apontados pela Lei n. 12.101/09, em detrimento de outra que os preencha na totalidade, conforme estipulação da Portaria, subsiste tratamento fático-jurídico desigual, não equânime, entre duas entidades que ocupam a mesma posição jurídica, ferindo de morte o princípio da isonomia pela aplicação de uma lei *stricto sensu* e mais genérica, em detrimento de lei *lato sensu* mais específica na regulação da Saúde Complementar. Em respeito ao princípio da isonomia, resguarda-se o entendimento de que deve ser aplicada a norma que apresente os critérios mais restritivos a todas, e não apenas a uma parcela delas, preterindo-se, portanto, a Lei das OS que institui a escolha da entidade por critério de conveniência e oportunidade em benefício da prevalência da Portaria n. 1.023/10 MS.

O segundo valor diz respeito ao *status* de direito social ao direito à saúde, assim consignado pela Constituição Federal no seu art. 6º. Consoante o supratranscrito por Maria Helena Diniz, em última instância, na solução dos conflitos de normas, emprega-

se o princípio da suprema justiça, pois não é dado ao ordenamento jurídico impor normas meramente alicerçadas em seu caráter formal, dissociadas do seu valor social, haja vista que o fim precípua do direito é regular a sociedade e, no Estado social de direito em que se encontra a Constituição como máxime ordenadora, que essa regulação atenda aos fins sociais, por meio da maximização do bem-estar social.

Pois bem, uma vez que a lei deve ser aplicada em conformidade aos objetivos sociais e que, pela Constituição vigente, o direito à saúde é direito social fundamental, devendo, portanto, ser maximizado perante os seus destinatários, entende-se que a prestação dos serviços públicos de saúde deve seguir os critérios que melhor atendam ao seu fim, impondo-se restrições às entidades privadas atuantes na Saúde Complementar para que observem parâmetros que proporcionem o amplo acesso a serviços públicos de saúde de qualidade e em escala primordialmente universal (conforme princípio da Universalidade do SUS). Nesse diapasão, com a aplicação da Portaria, a entidade sem fins lucrativos que intencione atuar na Saúde Complementar, deve observar critérios rígidos de atendimento e disponibilização do serviço público gratuito pelo SUS. Já pela incidência da Lei das OS, não se exige dessa entidade qualquer vinculação expressa e exaustiva a restrições de cunho prestacional de serviços de saúde, haja vista que a Lei não enumera critérios minuciosos dessa índole, nem tampouco remete à observância dos critérios estabelecidos pela Lei n. 12.101/09. Outrossim, a ausência de critérios específicos e detalhados presentes em diploma normativo, de observância obrigatória, dificulta a fiscalização da execução dos serviços de saúde pelo particular em consonância com os princípios e diretrizes do SUS. A garantia, portanto, de atendimento aos objetivos sociais de atendimento amplo e qualificado no âmbito da saúde pública encontra-se na aplicação da Portaria 1.034/10 MS, não na Lei das OS.

Por fim, a complementaridade nos serviços públicos de saúde é instituída, conforme entendimento majoritário, para a assunção de *parcela* de serviços públicos de saúde, não se admitindo a execução da totalidade desses serviços pelo particular. Nessa acepção, a complementaridade desponta como valor de justiça social integrado ao Estado social de direito, em que ao Estado é dado o dever de garantir a prestação de serviços públicos de saúde, inclusive mediante prestação direta.

Sob esse prisma, prepondera seja aplicada a norma contida na Portaria, porquanto não contém dispositivo algum que preveja qualquer forma de participação do particular na saúde pública contrária à designação “complementar”, ao passo que a Lei das OS prevê, como uma das formas de ajuste da participação de entidades sem fins lucrativos na saúde pública, a publicização. Esta, conforme já minudenciado, é antagônica à complementaridade dos serviços de saúde por consistir na transferência *total* de recursos e serviços de saúde da entidade estatal para a privada.

5 Conclusão

De tudo quanto fora abordado, denota-se que a Saúde Complementar compreende um ramo bastante específico de prestação de serviços públicos de índole social, cujo objeto consiste na participação de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, na execução de ações e serviços públicos de saúde na esfera do SUS. Pela análise integrada da Constituição Federal, da Lei do SUS e da Portaria n. 1.034/10 MS, demonstrou-se que ao particular é facultado o referido ajuste com o Estado, para atuar de forma complementar no SUS, quando o Poder Público comprova a insuficiência da cobertura de atendimento de saúde, bem como a impossibilidade de ampliação da sua capacidade instalada.

Para compreender a atuação das Organizações Sociais na Saúde Complementar, analisou-se brevemente o contexto da instituição do Terceiro Setor no direito brasileiro, partindo para a análise da Lei das Organizações Sociais como uma das formas de entidade componente do Terceiro Setor, cuja atuação na área de saúde encontra-se prevista na mesma Lei.

Ao comparar dispositivos que regulam a Saúde Complementar, perscrutou-se a Portaria n. 1.034/10 MS e as limitações por ela impostas na formação de ajustes com os particulares, sobretudo às entidades sem fins lucrativos, por serem, estas, as legitimadas pela Lei das OS para se constituírem como Organizações Sociais. A partir da análise minudente dos dispositivos da Portaria em questão, foram localizados preceitos de observância obrigatória que impõem à entidade privada sem fins lucrativos o preenchimento de diversos requisitos, bem como o cumprimento de metas específicas, por remissão à incidência da Lei n. 12.101/09. Além disso, sublinhou-se que o convênio é o único instrumento legítimo apontado pela Portaria a ser empregado no ajuste entre Estado e entidades sem fins lucrativos na ausência de licitação.

Ademais, buscou-se aprofundar o significado jurídico do termo complementar empregado para caracterizar a forma da participação do particular na saúde pública. Segundo interpretação sistemática dos principais diplomas normativos que regulam a Saúde Complementar, entendimento majoritário da doutrina e análise do delineamento histórico-evolutivo do direito à saúde no Brasil, defendeu-se, diante da lacuna legal quanto ao preenchimento de significado do termo, que a complementaridade dos serviços de saúde implica em atuação parcial do particular na saúde pública, sendo vedada a assunção integral dos serviços de saúde pelo particular no SUS.

A par das constatações sobreditas, buscou-se confrontar os dispositivos da Lei das OS aplicados à saúde para verificar se preenchiam ou, ao menos, mostravam-se compatíveis com os requisitos e condições estipuladas legalmente pelo conjunto

normativo regulador da Saúde Complementar. Nesse diapasão, verificou-se o contrato de gestão como o único instrumento previsto na Lei das OS para ajuste na Saúde Complementar, sem intermédio de procedimento licitatório na escolha dos contratantes e, também, ausente a imposição à observância de requisitos e condições específicas de ordem qualitativa e quantitativa quanto a atendimentos e acessibilidade aos serviços de saúde disponibilizados pelo particular contratante. Extraíu-se, também, que a Lei das OS admite a publicização, mediante assunção integral dos recursos e serviços de saúde da entidade pública prestadora, pela entidade sem fins lucrativos, como uma das formas de atuação dessa entidade na Saúde Complementar passíveis de serem adotadas e de integrarem o objeto do contrato de gestão nesse ajuste, em nítida contrariedade ao caráter complementar da participação privada na saúde pública instituído pela Constituição Federal, pela Lei do SUS, e pela Portaria n. 1.034/10 MS.

Constata-se, então, um desconcerto, um desajuste normativo no âmbito da Saúde Complementar, representado pela incidência da Lei das OS na contratação de particulares para prestação de serviços de saúde pública na esfera do SUS, em dissonância com os dispositivos da norma regulamentadora da Saúde Complementar, a Portaria n. 1.034/10 MS, nos diversos aspectos salientados nesse estudo.

Ciente de toda a análise empenhada, faz-se premente a reestruturação dos marcos jurídicos que abarcam, de alguma forma, a Saúde Complementar, a fim de integrá-los à sistemática do SUS de modo coerente, mediante a exclusão e/ou alteração de dicções jurídicas e imperativos controversos, ou ao menos, lacunosos em âmbito do direito fundamental à saúde. Para a esmerada execução da prestação de serviços de saúde no âmbito público, com observância cabal dos princípios e diretrizes do SUS, além da fiscalização eficaz em sede de direito subjetivo do usuário à saúde, é imperiosa a ausência de lacunas e vazios regulamentares a darem ensejo a inconstitucionalidades ou ilegalidades nas relações público-privadas envolvendo a saúde, bem jurídico fundamental do ser humano e da coletividade.

6 Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. *Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>.

BRASIL. *Lei nº 9.637 de 15 de Maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.101 de 27 de Novembro de 2009*. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. O sistema de controle interno e as entidades do Terceiro Setor: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

MÂNICA, Fernando Borges. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*. 2009. 306 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para parcerias público-privadas. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.