

O ACENO FAVORÁVEL DO STF ÀS REFORMAS ADMINISTRATIVAS QUE TRANSFEREM PARA A INICIATIVA PRIVADA A PRESTAÇÃO PÚBLICA DA SAÚDE – A TERCEIRIZAÇÃO SOB O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

VELLOZO, José Carlos Faria de Castro¹, DINIZ, Claudio Smirne², PEREIRA, Maria Cecília Delisi Rosa³, SÁ, Marco Antônio Corrêa de⁴

RESUMO

O presente artigo, longe da pretensão de esgotar a matéria, complexa e polêmica por natureza, tem por finalidade apresentar uma breve leitura sobre a entrega, pelo Estado, da prestação de serviços públicos de saúde à iniciativa privada como forma de torná-la mais eficiente à população, bem como para reduzir a sobrecarga de atribuições que lhe causaram inchaço e fracasso em seu mister constitucional. Ainda que se trate de postura que encontra limitações nos planos constitucional e legal, essa prática vem recebendo o apoio do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na interpretação e adaptação jurídica de seus institutos.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO COMO DEVER DO ESTADO

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal, e se estabelece como verdadeira viga mestra dos direitos fundamentais assegurados na Lei Maior, e dentre eles, certamente o mais importante, está o direito à vida.

Como desdobramento inerente ao direito fundamental à vida, tem-se o direito à saúde. Aliás, a saúde está contextualizada no conceito de bem estar projetado como meta a ser patrocinada pelo Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, conforme se extrai do preâmbulo da Constituição Federal.

Não por outro motivo, Alexandre de Moraes⁵ vislumbrou que “o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”

O direito à saúde está consagrado no art. 6.º e no art. 196, ambos da Lei Maior, impondo este último ao Estado, expressamente, o dever de sua promoção, nos seguintes termos:

1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná. Atuou como Membro do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária do MPPR.

2 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná. Atuou como Membro do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária do MPPR.

3 Promotora de Justiça. Membro do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária do MPPR.

4 Procurador de Justiça. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária do MPPR.

5 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. 4ª ed.. São Paulo, 2004. Editora Atlas S.A. p. 1957.

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.

Portanto, é dever do Estado patrocinar a saúde da população. E o Estado assim o faz, primordialmente, através do Sistema Único de Saúde, formado por uma rede regionalizada e hierarquizada, nos moldes definidos pelo art. 198 da Constituição Federal.

Todavia, ao entregar nas mãos do Estado o dever de assistência à saúde, a Carta da República não afastou a possibilidade de que a iniciativa privada também o fizesse, de maneira complementar, nos seguintes termos:

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 preferências as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

[...].

A Lei nº 8.080/90, principal diploma infraconstitucional que regulamenta a prestação de serviços de saúde pelo SUS, e que em seu art. 2º dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, reforça a complementaridade da iniciativa privada na assistência à saúde, ao dispor que:

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.

Bem como que:

Art. 8º. As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Dessa maneira, fica claro que a legislação impõe ao Estado, expressamente, o dever de prestar a assistência à saúde, e autoriza a iniciativa privada a, em complementação ao Sistema Único de Saúde, também o fazer.

2. A FALÊNCIA DO ESTADO E A NECESSIDADE DE SE ENCONTRAR SOLUÇÕES

A sobrecarga de serviços sociais de atribuição do Estado (como a saúde e a educação, por exemplo) causou um natural inchaço e, como consequência, trouxe

crise institucional (em especial a crise financeira para manter os serviços e sua qualidade), afetando severamente a eficiência em sua prestação. Essa condição de ineficiência desaguou na necessidade de se encontrar soluções para o problema. No ano de 1995, na busca de alternativas voltadas a uma política de resultados, é lançado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, no governo Fernando Henrique Cardoso, com o qual se procurou definir objetivos e diretrizes para a reforma da Administração Pública brasileira.

É a partir de então, com a edição de leis inspiradas no direito estrangeiro, que surgem no Brasil mecanismos voltados ao aprimoramento dos serviços sociais prestados pelo Estado. Sem aprofundar no tema, é certo que essa “importação” de modelos alienígenas, em especial inspirada no direito norte-americano e no direito comunitário europeu, acabou por desconsiderar a diversidade dos regimes jurídicos envolvidos, o que acarretou verdadeiros desencontros entre a legislação inovadora, seus novos institutos e a Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro^{1*} explica que:

Como resultado, o direito administrativo está passando na frente do direito constitucional. A Administração Pública copia um modelo de direito estrangeiro e começa a aplicá-lo, muitas vezes, com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem).

Em vez do direito administrativo desenvolver ou aplicar normas programáticas contidas na Constituição, ele vem se elaborando na frente e, muitas vezes, à margem da Constituição.

Essa evolução, que deve ser absorvida com cautela, tem um discurso de renovação na concepção de interesse público, voltado não mais para a sua supremacia sobre o particular, mas, primordialmente, ao adequado atendimento dos direitos fundamentais através de uma democratização da Administração Pública, admitindo-se uma maior participação da iniciativa privada nas atividades de atribuição do Estado.

E é justamente nesse contexto de reconhecimento da incapacidade da Administração Pública em assegurar uma adequada prestação dos serviços sociais e de busca por novos instrumentos que surgem pontuais reformas administrativas intencionadas a regulamentar o compartilhamento dessa missão, em união de esforços entre o ente público e o particular. Trata-se das chamadas “parcerias” que, no ensinamento da já referida Maria Sylvia Zanella Di Pietro^{2*}, podem se dar através de diversos institutos, como:

a. forma de **delegação** da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias Na Administração Pública. 10ª ed. São Paulo. 2015. Editora Atlas S.A. p. 32.
2 op. cit., p. 24/25.

das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei n.º 11.079, de 30-12-2004); e também por meio do contrato de gestão com organizações sociais, quando estas prestam serviço público;

b. meio de **fomento** à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria;

c. forma de **cooperação** do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei n.º 8.666, de 23-6-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei n.º 11.079/2005);

d. instrumento de **desburocratização** e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.

A referida autora, na sequência, esclarece que *“a parceria serve ao objetivo de **diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado**, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de **fomento** à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de **eficiência**, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.”*³

Especificamente para o campo dos serviços de saúde, objeto do presente trabalho, reconhecendo sua deficiência e ineficiência, a Administração Pública encontrou a possibilidade de compartilhamento de seu dever pela via de contratos de gestão e termos de parceria com as organizações sociais (O.S.) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), regulamentados pelas Leis n.º 9.637/1998 e n.º 9.790/1999, respectivamente.

A Lei n.º 9.637/98, em seu art. 1.º, estabelece que *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.*

A parceria entre a Administração Pública e o ente privado devidamente qualificado como organização social se dá através de contrato de gestão, voltado ao fomento e execução de ações na área social, conforme previsto no art. 1.º acima apontado. Para tanto, o ente público poderá destinar à organização social recursos orçamentários, bens públicos, servidores, etc., conforme conste no contrato de gestão.

Já a Lei n.º 9.790/1999, em seu art. 1.º, determina que *podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em*

³ loc. cit.

funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

E em seu art. 3.º, referido diploma estabelece que:

Art. 3.º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

[...]

IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

[...].

E é pelo Termo de Parceria que se forma o vínculo de cooperação entre o ente público e o particular, para fomento e execução das atividades de interesse público previstas no art. 3.º, acima transcrito. Em contrapartida aos serviços prestados pelas OSCIPs, a Administração Pública destinará recursos financeiros devidamente previstos no Termo de Parceria.

O contrato de gestão e o termo de parceria, portanto, foram os instrumentos encontrados pela Administração Pública, num primeiro momento, como caminho para que os serviços sociais de sua incumbência pudessem ser prestados pelas organizações sociais e pelas organizações da sociedade civil de interesse público de maneira mais eficiente e célere, como é a marca do regime de direito privado.

3. A MODULAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS MECANISMOS DE DESAFOGO

Conforme acima mencionado, essas inovações legislativas trouxeram diversos questionamentos de ordem constitucional e legal a essas parcerias, como por exemplo: a) pela maneira de contratação com a Administração Pública, sem a realização prévia de certame licitatório; b) pelo desempenho de atividade exclusiva do Estado, a violar a regra de atuação complementar; c) pelo desempenho do serviço próprio do Estado por pessoa não aprovada previamente em concurso público.

A contratação com a Administração Pública, consoante dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal, ressalvadas as exceções previstas em lei, deve ser precedida de licitação. Assim, para viabilizar a contratação de organizações sociais com o Poder Público sem submetê-las a uma prévia disputa, foi necessário proceder-se a uma alteração legislativa de modo a tentar adaptar a hipótese ao texto constitucional.

Com a edição da Lei n.º 9.648/1998, foi então alterada a Lei de Licitações (n.º 8.666/1993), incluindo-se o inciso XXIV ao seu art. 24, que tornou a contratação com referidas entidades causa de dispensa de licitação.

Mas o fato é que o contrato de gestão não pode fugir ao regime jurídico de direito público, porquanto entrega nas mãos do particular atividades inerentes ao Poder Público. Sob esse prisma, então, não há como as organizações sociais se afastarem da incidência de preceitos administrativo-constitucionais, dentre eles o princípio da impessoalidade, que põe em xeque a hipótese de dispensa de licitação para a sua contratação.

Não por outra razão que, para viabilizar um entendimento constitucional a essa exceção, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923, cujo acórdão, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi publicado em 17/12/2015, conferiu interpretação conforme a Constituição à Lei n.º 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV, da Lei de Licitações, de maneira que a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. De igual forma, as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei n.º 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei n.º 9.637/1998, art. 12, § 3º) também devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, em atendimento aos referidos princípios, ou seja, quando a Administração Pública optar pela realização de contrato de gestão, ainda que dispensada a licitação, deverá proceder a um processo de seleção simplificado^{4*} para que organizações sociais eventualmente interessadas concorram em igualdade de condições, em respeito aos princípios da publicidade e da impessoalidade, sem a burocracia e as amarras de uma licitação, já que se trata de caso de dispensa, mas atendendo, de maneira democrática, o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

No que tange à possibilidade de prestação de serviços ligados à atividade-fim da Administração Pública pelo ente privado, o art. 199, § 1.º, da Constituição Federal e o art. 4.º, §2.º da Lei n.º 8.080/1990 funcionam como verdadeira barreira a essa hipótese ao estabelecerem a regra da “complementaridade” da participação da iniciativa privada nos serviços sociais.

Di Pietro⁵ critica com veemência essa prática, aduzindo que:

É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado (art. 199, §1.º), 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 assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a **execução material** de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.

4A Lei nº 13.019/2014, que trata das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, traz a figura do “chamamento público” como maneira de se realizar a seleção simplificada (art. 2º, XII).
5 op. cit., p. 234.

[...]

Isto tem uma justificativa; conforme dito acima, a prestação de serviço público tem que estar sempre subordinada a um regime jurídico de direito público, ainda que apenas parcialmente. Não é por outra razão que o art. 175 da Constituição estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Mas o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de Relator do AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 567.988-PR, em decisão datada de 05/05/2016, posicionou-se em sentido oposto, já inspirado na decisão proferida pelo STF que julgou a ADI n.º 1.923 retromencionada, consignando que “a interpretação conforme dada pela Corte Suprema permite concluir, quanto às Organizações Sociais – e de certo modo aplicável às OSCIP –, que é possível a realização de convênio para a execução de serviços essenciais do Estado, desde que observados, pela entidade conveniada, os critérios objetivos de seleção de pessoal, o que milita em favor dos argumentos dos Recorrentes quanto à ausência de improbidade administrativa pela prática dos atos descritos na exordial.”

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão no Recurso Extraordinário n.º 581488/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 03/12/2015, ocasião em que, além de reafirmar a admissibilidade das terceirizações, o eminente Relator posicionou-se contrariamente à doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, antes citada, nos seguintes termos:

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

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

A saída que a jurisprudência vem dando ao impasse, reconhecamos, pois a experiência assim revela, acaba sendo a grande solução para os casos em que a Administração Pública, em especial nos municípios de pequeno porte, tem severas dificuldades em contratar médicos pela via do concurso público, pois não raras vezes os profissionais se acham desestimulados frente aos baixos salários oferecidos pelo Poder Público, encontrando muito mais estímulo financeiro na condução de seus consultórios particulares.

Mas, por outro lado, o Estado não pode simplesmente deixar de investir na prestação dos serviços de saúde por sua própria estrutura. Em raciocínio diametralmente

oposto ao acima pontuado, também haverá casos em que o Município não logrará encontrar um parceiro na iniciativa privada, ocasião em que terá de atender, de maneira eficiente e pelos seus próprios meios, os seus munícipes.

Por essa razão, ainda que se admita a possibilidade de flexibilização do texto constitucional frente à “modernização” do Direito Administrativo com a entrega de serviços sociais aos entes privados, essas hipóteses devem consistir sempre a exceção, e nunca se dar de forma absoluta e completa, devendo o Estado manter estrutura suficiente para atender, ao menos, a saúde básica da população.

Esse argumento se reforça quando se pensa na necessidade da Administração Pública contar com estrutura própria suficiente, ao menos, para lhe permitir certa segurança nas negociações com a iniciativa privada. Do contrário, o ente privado poderia se valer de eventual vulnerabilidade do Estado para lhe impor condições mais rigorosas e preços majorados.

Outro ponto de questionamento acerca das parcerias do Poder Público com a iniciativa privada para a prestação de serviços de índole pública consiste no fato de que o Estado deve desempenhar suas atividades através de seus agentes, devidamente aprovados em concurso público, consoante o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal. Portanto, a contratação de entidades privadas para fazerem as vezes do Estado na prestação dos serviços de saúde implicaria na violação da regra do concurso público.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu pela impossibilidade de terceirização das atividades privativas da Administração Pública. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. ATOS DE IMPROBIDADE PLENAMENTE CONFIGURADOS E QUE CONSISTIRAM NA VERDADEIRA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ESTADO. OSCIP, ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO, CONTRATADA PARA SERVIÇOS DE SAÚDE SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ESPECÍFICO E SEM JUSTIFICATIVA CLARA PARA DISPENSÁ-LO. OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS EXCLUSIVAS DO MUNICÍPIO - SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DA SAÚDE - QUE NÃO PODEM SOFRER DELEGAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO CARACTERIZADA E INOBSERVÂNCIA DE REGRAS LEGAIS PRÓPRIAS QUE REGULAMENTAM AS CONTRATAÇÕES DO PODER PÚBLICO E A FINALIDADE DAS EMPRESAS INTEGRANTES DO TERCEIRO SETOR. ATOS VIOLADORES DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.(1) A contratação de OSCIP, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, só pode ocorrer para complementar, dar suporte e fomentar o exercício pelo Município das suas atividades privativas de Estado, sendo defeso todo tipo de delegação para a contratação de profissionais da área da saúde por pessoa jurídica de direito privado a pretexto de se dar atendimento a interesse público, sob pena de se violar

o mandamento constitucional de que os cargos públicos são acessíveis como regra mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme o disposto no artigo 37, II, da CF, o que resultou no presente caso na terceirização de mão de obra, o que é vedado. TJPR. AC 972.707-1. 5 Câmara Cível. Rel. Wellington Emanuel C de Moura. Julg. 04.02.2014. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMO DE PARCERIA COM OSCIP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EXCLUSIVOS DO PODER PÚBLICO E NÃO INTERMEDIÁRIOS DE APOIO. OFENSA DOLOSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (LEI FEDERAL N.º 9.790/1999, ART.3.º, INCISOS III E IV C/C O ART. 9.º). (...) A OSCIP deve atuar ao lado da Administração Pública e não fazer suas vezes, não podendo ser utilizada como mecanismo de burla ao concurso público, uma verdadeira terceirização, suprimindo a necessidade de servidores mediante contratação direta, ao arrepio do art. 37, Inciso II, da Constituição Federal. TJPR. AC 1.059.493-7. 5 Câmara Cível. Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julg. 08.10.2013.

Todavia, não é nesse sentido que caminham os Tribunais Superiores⁶. Na mesma ADI n.º 1.923, acima mencionada, o STF novamente conferiu interpretação conforme a Constituição à Lei n.º 9.637/98, para definir que a seleção de pessoal pelas organizações sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

Na esteira dessa decisão, o Ministro Sérgio Kukina, do Superior Tribunal de Justiça, em voto-vista proferido em AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 567.988 – PR, assinalou que:

“Sobre a necessidade de realização de concurso para a contratação dos profissionais que atuam nas OSCIP’s, ponto fulcral da prestação presente ação civil pública, o Ministro Luiz Fux, relator para o acórdão da ADI 1.923/DF, assim se pronunciou:

[...] Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente.

Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem

⁶Registre-se que o entendimento não significa uma completa discricionariedade do administrador público em seguir o caminho da terceirização, o que se evidencia, inclusive, em julgado posterior ao da ADI 1.923, que responsabiliza gestores públicos por improbidade administrativa em razão de parcerias fora dos parâmetros legais:

TJPR: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. AGRAVO RETIDO. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. 2. CONTRATO DE GESTÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. EXTRAPOLAÇÃO DOS OBJETIVOS PREVISTOS NA LEI Nº 9.637/98. OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. 2. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Ap. nº 1.463.173-7. 4ª Câm. Cível. Rel. Des. Luiz Taro Oyama. Publicado em 10.03.2017.

de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4.º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados (grifos no original).

Diante dessas considerações, não está caracterizado o ato de improbidade previsto no art. 10, XI, da Lei n.º 8.429/92, pois o Município de Palotina/PR estava autorizado pelas Leis n.ºs 9.637/98 e 9.790/99 a realizar convênio com o IBIDEC, entidade classificada como OSCIP, para a execução dos programas de saúde discriminados, não sendo obrigatória a realização de concurso público para a contratação dos profissionais necessários para o cumprimento da obrigação assumida perante o Poder Público."

Portanto, apesar de todas as críticas recebidas pela tendência do Direito Administrativo moderno e democrático, que está voltado a uma política de menos burocracia e de mais resultados, os instrumentos legislativos de reforma começam a se consolidar e se aprimorar no cenário nacional. Se, por um lado, as parcerias passam a receber a aprovação dos Tribunais Superiores, ainda que, para as pioneiras, sob uma leitura constitucional voltada à observância dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Carta Magna, por outro, novos formatos surgem com roupagem aperfeiçoada, certamente em atendimento aos inúmeros reclamos sofridos, como é o caso da Lei n.º 13.019/2014.

Considerada o *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*, a Lei n.º 13.019/2014 trouxe um aprimoramento em relação às parcerias criadas pela Lei n.º 9.637/1998 e pela Lei n.º 9.790/1999, apresentando mecanismos que buscam justamente assegurar os princípios constitucionais enfatizados pelo Supremo Tribunal Federal. O chamamento público para a seleção dos entes interessados na parceria com a Administração Pública (art. 2.º, XII), em homenagem à impessoalidade; os *programas de capacitação* dos gestores, conselheiros e sociedade civil organizada (art. 7.º), em respeito à eficiência; a transparência *na divulgação das parcerias*, tanto pela Administração Pública quanto pelas organizações da sociedade civil (arts. 10 e 11), sob a perspectiva da publicidade, são alguns dos exemplos de refinamento na parceria entre o Estado e o Terceiro Setor.

É de se registrar, porém, que a Lei n.º 13.019/2014 não revogou as Leis n.º 9.637/1998 e n.º 9.790/1999. Isso se extrai do texto do seu art. 41, cuja redação foi dada pela Lei n.º 13.204/2015: *"ressalvado o disposto no art. 3.º e no parágrafo único do art. 84, serão celebradas nos termos desta Lei as parcerias entre a administração pública e as entidades referidas no inciso I do art. 2.º."* Afinal, os contratos de gestão e os termos de parceria estão justamente previstos no art. 3.º, estando assegurados, portanto, como formas de parceria com a Administração Pública.

Todavia, apesar de a Lei n.º 13.019/2014 afastar expressamente a incidência de suas exigências aos contratos de gestão com as organizações sociais e aos termos de

parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (art. 3.º, III e VI), é possível extrair de seu próprio texto passagens contraditórias que sugerem ser ela aplicável, também, aos contratos de gestão e aos termos de parceria. Com efeito, as obrigações do Poder Público decorrentes desses dois institutos parecem estar incluídas na definição dada pela lei aos termos de colaboração, conforme se vê do seu art. 2.º, VII: *“termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros”*.

De toda sorte, a leitura constitucional dessas contratações, conforme acima visto, faz recair sobre elas, indiscutivelmente, o espírito da Lei n.º 13.019/2014, de maneira a lhes assegurar uma roupagem que melhor atende ao interesse público.

4. OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO

A trajetória de reformas e modernização nas contratações públicas dos serviços de saúde é inevitável, como demonstra a aprovação, no dia 22 próximo passado, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei n.º 4.302 (apresentado em 1998), ainda não sancionado, que permite a terceirização em todas as atividades das empresas privadas e no setor público, sem as salvaguardas para os trabalhadores. Em sendo assim, o foco das Instituições como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, os Observatórios Sociais, os Conselhos de Saúde, a própria Administração Pública e a sociedade em geral deverá ser, primordialmente, o da fiscalização e do controle para que essas parcerias sejam regidas pelo regime jurídico-administrativo e obedeçam aos princípios do art. 37 da Constituição Federal.

Marçal Justen Filho⁷ sustenta que:

[...] Tal como inúmeras vezes apontado, a titularidade estatal do serviço público não impede o desenvolvimento de instituições da sociedade civil, que assumem a prestação de algumas atividades de serviço público. Essas atividades equivalentes ao serviço público deverão sujeitar-se a regime jurídico similar. As atividades de educação e de saúde, embora desempenhadas por particulares, estão sujeitas a regime jurídico próximo ao do serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação. Por isso, há a tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares.

A Lei n.º 12.527/2011, que impõe aos entes da federação a obrigatoriedade de manterem os chamados Portais da Transparência, será a grande aliada da sociedade no auxílio à fiscalização dessas parcerias. Referido diploma, além de impor à União, Estados, Distrito Federal e Municípios que garantam o acesso à informação (art. 1.º), também impõe o mesmo dever aos entes privados que entabulem parcerias com a Administração Pública (art. 2.º), ao preconizar que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades

⁷JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo, 2016. Revista dos Tribunais. p. 562.

privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.”

A própria Lei n.º 13.019/2014, harmonizada com a Lei de Acesso à Informação, em seus arts. 10 e 11 impõe, respectivamente à Administração Pública e às organizações da sociedade civil, que divulguem na *Internet* as parcerias celebradas, propiciando, dessa forma, maior controle pela sociedade.

Competirá aos organismos de controle, portanto, como pontapé inicial para a fiscalização dessas parcerias, exigir do Poder Público e das entidades privadas que com ele se relacionem, que mantenham todas as informações decorrentes do vínculo expostas em local de fácil acesso através da rede mundial de computadores. A rigorosa fiscalização é o primeiro passo para evitar desvios, subversões e corrupção nas parcerias público-privadas.

5. CONCLUSÃO

Ainda que tudo conduza para a legitimação das terceirizações no campo da saúde, isso não apaga o texto constitucional, de modo que continua a ser dever do Estado a prestação de serviços de saúde, e o particular, somente de forma complementar, poderá participar da assistência pública à saúde (art. 199, §1.º, CF).

Quando inevitável, a entrega dos serviços de saúde à iniciativa privada deverá ser rigorosamente fiscalizada e controlada pelo Estado e pela sociedade, preponderando sempre o regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, dada a complementaridade da prestação privada, o gestor público deverá demonstrar claramente a insuficiência da estrutura pública e, por conta do caráter democrático da gestão, a decisão deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde. Em razão da indelegabilidade dos poderes estatais, resta vedada a transferência à iniciativa privada de atividades consistentes em regulação, exercício do poder de polícia e planejamento de políticas públicas. E, como decorrência da origem pública dos recursos, a remuneração dos empregados privados e dirigentes deverá obedecer a padrões do mercado.

A entrega, portanto, não poderá ser integral. Mais que isso, a Administração Pública deverá sempre manter estrutura adequada, ainda que mínima, para atendimento à saúde básica de seus administrados, pois nem sempre haverá uma parceira privada à disposição para fazer as vezes do Estado na prestação de serviços públicos essenciais como a saúde.

6. REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4ª ed.. São Paulo, 2004. Editora Atlas S.A. p. 1957.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias Na Administração Pública**. 10ª ed. São Paulo. 2015. Editora Atlas S.A. p. 32.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo, 2016. Revista dos Tribunais. p. 562.

BRASIL. STF. ADI nº 1.923, DJ 17.12.2015.

BRASIL. STJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 567.988/PR. Dje 13.05.2015.

doutrina