

# O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E O TERCEIRO SETOR

## EL SERVICIO DE SALUD PÚBLICA Y EL TERCER SECTOR

COIMBRA, Mário<sup>1</sup>

AMARAL, Sérgio Tibiriçá do<sup>2</sup>

**RESUMO:** A proteção plena à saúde do cidadão tem seu fundamento não apenas na Constituição da República, mas também em textos normativos internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, A saúde constitui um direito fundamental social e visando assegurar a proteção constitucional do aludido direito exponencial, alguns governos estaduais e municipais vêm se utilizando do terceiro setor como OSCIPS e OSS para complementarem as denominadas redes de saúde. Modernamente, alguns governos estaduais vêm implementando algumas unidades de saúde, através da Parceria Público Privada, podendo ser citada como experiência exitosa o Hospital do Subúrbio da Bahia.

**RESUMO:** La protección integral a la salud de los ciudadanos se basa no sólo en la ser citados como la exitosa experiencia de Suburbia hospital de Bahía. Constitución, sino también en los textos jurídicos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, la salud es un bien social fundamental, y para garantizar la protección constitucional del derecho es exponencial, algunos gobiernos estatales y locales vienen con el tercer sector como OSCIPS y OSS para complementar las denominadas redes de salud. Hoy en día, algunos gobiernos estatales han implementado algunas unidades de salud a través de la asociación público-privada y puedencitados como la exitosa experiencia Hospital do Subúrbio de Bahía.

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1981) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). É doutorando em Direito Constitucional na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente é professor da Associação Educacional Toledo e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

<sup>2</sup> Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo(1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino(ITE) - Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias da ITE-Bauru.

**Palavras chaves** – saúde pública – direito fundamental social – terceiro setor – OSS – OSCIP.-

Palavras chaves – la salud pública - derecho social fundamental - el tercer sector - OSS - OSCIP

## **1. Introdução**

O presente artigo buscou discorrer sobre proteção plena à saúde do cidadão, que tem seu fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana constante não somente a Lei Maior, mas também nas convenções de direitos humanos nas quais o Brasil é signatário, entre elas, mostrando a presença do País na Organização Mundial de Saúde, como sócio-fundador. Ressaltou-se os principais tratados, buscando demonstrar os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro com os tratados. Foram usados os métodos histórico e dedutivo, também no segundo capítulo no qual a saúde foi analisada como um direito fundamental social. Posteriormente, visando assegurar a proteção constitucional do aludido direito exponencial, alguns governos estaduais e municipais vêm se utilizando do terceiro setor como OSCIPS e OSS para complementarem as denominadas redes de saúde.

Depois, buscou-se demonstrar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, em face da função que devem cumprir, sendo que os primeiros visam o exercício de um direito de uma prerrogativa, que pode ser levada ao Judiciário. Colocado num tratado de direitos humanos poderão ensejar a condenação do Estado no Sistema Internacional formado pela Comissão e pela Corte, caso eventualmente o desrespeite. Os governos estaduais vêm implementando algumas unidades de saúde, através da Parceria Público Privada, podendo ser citada como experiência exitosa o Hospital do Subúrbio da Bahia.

Com base na Lei Federal nº 11.079/04, restou claro que a experiência valiosa para a efetivação do serviço público de saúde nas o Estado deve aperfeiçoar mecanismos de aprimoramento de controle de gestão visando cumprir os princípios vetores da eficiência e economicidade dando total transparência a tais gastos públicos.

## **2. Considerações gerais**

A Constituição da Organização Mundial da Saúde conceitua saúde, em seu preâmbulo, como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade". Trata-se do documento que inaugura esse importante braço das Organizações das Nações Unidas. Mas, em nível internacional existem outros

documentos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, estabelece no seu artigo 12 conceito semelhante de saúde normatizando que:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças, b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente, c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Assinale-se, por oportuno, que o Protocolo de São Salvador Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotou também o mesmo conceito de saúde da OMS, estabelecendo no artigo 10 que:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o desfrute do mais alto nível de bem estar físico, mental e social.

Merece ser enfatizado que até a metade do século XX, o conceito de saúde gravitava sobre parâmetros negativos, já que era vista como mera ausência de enfermidade.

Explicitando tal fase histórica, ensina o costarricense Roman A. Navarro Fallas (2010, p.63) que:

Se possuía saúde quando o médico não encontrava enfermidade alguma, ou em caso de encontrá-la, depois do tratamento se curava o enfermo. Coerente com esse paradigma, as instituições e serviços de saúde se dedicavam a curar pessoas enfermas, sem dedicar tempo e recursos na prevenção e promoção da saúde.

Discorrendo, ainda, sobre a evolução histórica do conceito de saúde, preleciona Sueli Gandolfi Dallari (2006, p.246) que:

O atual conceito de saúde pública começa a se delinear no Renascimento, correspondendo praticamente ao desenvolvimento do Estado Moderno, embora possam ser encontradas normas jurídicas dispostas sobre matéria sanitária desde os primórdios da história dos povos. Nesse período, um fato importante para a compreensão do conceito de saúde pública foi a preocupação das cidades em prestar cuidados aos doentes pobres em seus domicílios ou em hospitais, aumentando o poder das cidades em matéria de higiene.

Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p.247) realçam a importância da Constituição da Organização Mundial da Saúde, não só no que tange à evolução do conceito de saúde, mas também por consolidar o entendimento da ideia de saúde como um bem coletivo, especialmente em três passagens de destaque em seu preâmbulo:

A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados. Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos. A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum.

Para os referidos doutrinadores, a saúde deve ser definida como o "bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social".

Alguns cientistas repudiam o conceito dado pela OMS no documento em epígrafe, sob o argumento de que equipara bem estar e saúde, que raramente estão juntos, transformando-se, assim, o conceito numa utopia, sem considerar, ainda, o fato de se tratar de "uma definição estática e apresentar dificuldades para sua medição objetiva (NAVARRO FALLAS, p.64). A Organização Mundial de Saúde criada por proposta da delegação brasileira tenta buscar a padronização de tratamentos e buscando definir conceitos técnicos, programas e campanhas visando a promoção dos direitos humanos da saúde.

Neste sentido, Gonzalo Piedrola Gil em sua obra "Medicicina preventiva y salud pública (2001, p.3) prefere conceituar saúde "como um estado bem estar físico, mental e social com capacidade de funcionamento, e não só ausência de enfermidade ou indisposição". Posição parece colaborar mais com a temática, visto que não se pode conceituar com negativas e ausências de determinados estados.

O referido conceito é mais aceitável já que para Roman A. Navarro Fallas (2010, p.64):

Se trata de um conceito relativo que toma em consideração tanto elementos subjetivos como objetivos. Ao suprimir o termo 'completo' contido na definição do Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, elimina a utopia que esse conceito tem, conserva o elemento subjetivo: 'esta de bem estar' e acrescenta um elemento objetivo: 'a capacidade de funcionamento' (capacidade de trabalhar,

estudar, gozar da vida, etc), introduzindo com isso, a possibilidade de medir o grau de saúde individual ou coletiva."

A busca da dignidade da pessoa humana precisa ser inclusiva e levar em conta todas as atividades, como trabalho, estudo e outras atividades de lazer e cultura, devendo mesmo ser avaliada em grupo e como um direito humano e fundamental.

## **2. A saúde como direito fundamental social**

Preambularmente, é salutar esclarecer que há nítida distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Embora, ambas as expressões sejam corriqueiramente empregadas como sinônimas, já que os direitos fundamentais não deixam também de serem humanos, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.9) ensina que:

o termo 'direitos fundamentais' se aplicada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional(internacional).

Discordando da distinção das expressões pelas simples citações nos aludidos documentos, preleciona Vidal Serrano Nunes Júnior(2009, p.24) que, na realidade:

o principal traço diferencial não consiste exatamente nos distintos documentos que os hospedam: a Constituição (direitos fundamentais) ou as declarações e convenções (direitos humanos), mas sim na função que estão predispostos a cumprir. Com efeito, o mesmo direito pode estar contemplado pela constituição de um país e por uma declaração internacional, o que, aliás, de regra, acontece. Assim, sob a perspectiva do conteúdo, a distinção entre os direitos humanos e os fundamentais não teria utilidade, pois reconduziriam a uma mesma realidade. todavia, analisado da perspectiva da função que devem cumprir, a distinção ganha pujança. Previsto pela ordem interna, consagrará um direito, uma prerrogativa ou uma liberdade, podendo, inclusive, ser judicializado. Hospedado em uma declaração ou em uma convenção internacional, caso se evidencie o desrespeito a seu conteúdo, o Estado cuja Constituição o reconhece poderá ser condenado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Como não poderia deixar de ser, os direitos fundamentais são frutos de uma evolução histórica, que tem vários antecedentes como a citação na peça Antígona, de Sófocles de um “direito natural” e passa por forais, cartas de franquia e pactos de vassalagem, bem

como a Magna Carta Libertatum de 1215 e outros bills da Inglaterra. Com o constitucionalismo norte-americano e francês surge a positivação de tais direitos resulta de lutas homéricas entre indivíduos e Estado.

Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 271) ensina que estas lutas provocaram movimentos sociais como:

a Revolução Francesa, a Revolução Inglesa, a Revolução dos Estados Unidos, os movimentos de luta dos trabalhadores de Manchester - que conduziram à criação dos primeiros sindicatos de operários, a Revolução Russa, os processos de reforma agrária da Espanha e no México e, mais recentemente, as diversas manifestações populares contra a discriminação, pela igualdade de gênero e pela defesa do meio ambiente sadio.

A evolução histórica dos direitos fundamentais ensejou doutrinariamente a classificação de tais direitos em gerações ou dimensões, sendo que Norberto Bobbio em sua obra “A era dos direitos” usa gerações, o que poderia configurar uma imprecisão doutrinária, pois o constitucionalismo foi diferente nos países periféricos, como o Brasil.

Assim, aqueles de primeira geração ou dimensão, albergados tanto nas declarações universais, como no âmbito interno dos Estados, foram os individuais e os direitos políticos, buscando liberdade diante do poder absoluto.

Os direitos fundamentais de segunda geração nasceram vinculados ao ideal de um Estado Social. Para Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p.44):

Os direitos fundamentais de segunda geração podem ser traduzidos como aqueles que, na órbita de proteção do ser humano, irradiam a noção de igualdade. sua feição deita raízes na objetivo de conceder alforrias sociais ao ser humano, preservando-o das vicissitudes do modelo econômico e de segregação social....Ao invés de abstenção, espera-se proteção. Cogitando desta segunda geração de direitos, falamos dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, tendentes como apontado, a resgatar a noção de igualdade entre os seres humanos.

São os direitos prestacionais que aparecem inicialmente na Constituição do México de 1917 e na Lei Fundamental de Weimar de 1919, que trazem os primeiros direitos prestacionais, ou seja, buscando assegurar as liberdades públicas e avançar em busca da igualdade social.

Dissertando sobre o tema, ensina Maria Paula Dallari Bucci (2006, p.3) que:

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais. A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais.

Os direitos de terceira geração têm por escopo a proteção do ser humano como ente da humanidade, como a paz mundial, o direito à preservação do patrimônio comum da humanidade, etc. São direitos que nascem com a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, em 1948, buscando alcançar o gênero humano, por isso mesmo chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade.

A saúde inegavelmente é um direito fundamental social. Aliás, Nunes Júnior (2009, p.70) conceitua direitos sociais:

como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Merece destaque, a disposição constitucional insculpida no artigo 196 realçando que:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Trata-se de um princípio dentro de uma Constituição Dirigente na lição de José Joaquim Gomes Canotilho(1994, p.209), que vincula o Poder Executivo a fazer políticas no sentido de prestigiar a redução do risco de doença e também a Legislativo, que deve inovar na ordem jurídica buscando promoção, proteção e recuperação sempre tendo em conta a isonomia.

Nunca é demais lembrar que a saúde encontra-se inserida no artigo 6º como um dos direitos sociais destacados no Título II da Constituição da República que disciplina os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

A Lei nº 8.080/90, por sua vez, estabelece como princípio geral, em seu artigo 2º, que *a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.*

Verifica-se, assim, que a saúde, como um direito fundamental do ser humano, universal e igualitário, reveste-se da natureza de direito indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que gravitam sobre a matéria, trazendo, como consequência, ao Estado, o dever de mantê-la, através da efetivação das políticas públicas voltadas à saúde de todos os cidadãos indistintamente.

Frise-se, por oportuno, que a saúde pode ser enfocada sob o prisma de direito individual, social ou difuso.

Preleciona, a propósito, Marcelo Colombelli Mezzomo(2010, p.2) sobre o tema que:

É um direito individual na medida em que qualquer pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica, como corolário do seu direito de personalidade. Neste caso, dispõe de ação e pode exercer pretensão objetivando a abstenção de comportamento de terceiros que venham a por em risco sua saúde...é um direito social e como tal é expressamente previsto nos artigos 6º, caput, e 196 da CF/88. Nesta condição, sua invocação pode ser feita como base de pretensões e comportamentos positivos por parte do Poder Público...é direito difuso e apresenta uma face política. De fato, a comunidade como um todo é titular de direito a comportamentos positivos e negativos em relação a particulares e ao próprio Estado. A gestão da saúde, de seu turno, deve ser democrática, de forma que também condensa direito político de participação democrática.<sup>3</sup>

A exegese dos preceitos constitucionais enfocados traz com clarividência o direito do cidadão ao acesso pleno à saúde que deve obrigatoriamente ser disponibilizada pelo Estado (União, Estados-membros e Municípios).

Esta relação jurídico-material entre Estado-cidadão advinda das referidas normas substanciais privilegia o último, no sentido de que nasce para ele o direito subjetivo de exigir do primeiro a referida prestação consistente no fornecimento de todos os instrumentos para o cumprimento da integralidade da saúde pública.

A saúde, assim, como direito fundamental não escapou à argúcia de Roman A. Navarro Fallas (2012) para quem:

O direito fundamental à saúde é uma situação jurídica ativa ou favorável de todo ser humano, derivado de sua intrínseca dignidade, essencial para o desenvolvimento de sua personalidade, que se outorga ao seu titular um conjunto de faculdades para a satisfação da saúde, bem jurídico tutelado por este direito, e em virtude das quais, pode, por um lado, fixar-lhe limites à intervenção das demais pessoas e do Estado em sua esfera particular, e por outro, exigir dos poderes públicos as ações positivas de polícia sanitária ou assistenciais que tornem efetivo seu direito; essas prestações foram parte do conteúdo do direito e se constituem em garantias de seu pleno gozo. é um direito exigível frente às demais pessoas e fundamentalmente frente ao Estado e suas instituições e onde as obrigações públicas devem ser cumpridas independentemente dos recursos disponíveis, dado que o direito é supremo e guarda relação direta com a existência mesma da pessoa (a vida) e cuja realização plena se alcança necessariamente mediante o concurso de todos, especialmente de seu próprio titular e do Estado.

Não se pode olvidar que, ao elencar direitos emoldurados de fundamentais, como a saúde, a Constituição da República estabelece um ápice demarcatório de características diferenciadoras dos demais direitos.

É imperioso o registro da seguinte lição de Suelli G.Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p.37):

---

<sup>3</sup> *O direito à saúde em juízo*. Disponível em : <http://jus.com.br/revista/texto/7894/o-direito-a-saude-em->



É importante notar que a principal característica dos direitos fundamentais é o escopo de concretização do princípio da dignidade humana, o que conduz à conclusão de que a Constituição Federal, ao indicar, em seu art.1º,inc.III, o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro, buscou, dentre outras coisas, atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, revestido do mesmo *status* da cidadania, impõe-se o registro de que Kant (2001, p.68-71) analisou a dignidade com grande cientificidade, enfocando-a sob dois aspectos: consistente o primeiro, em considerar o homem como um fim em si mesmo e que, portanto, não pode ser utilizado como simples meio instrumental, como uma coisa; quanto ao segundo, deixou transparecer que a dignidade expressa o reconhecimento da liberdade e autonomia do ser humano.

Dessa feita, no contexto plasmado por Kant, pode-se afirmar que a dignidade impõe que o homem seja tratado, na totalidade de suas relações sociais, como sujeito, e não como objeto, o que implica no reconhecimento da sua capacidade de autodeterminar-se no direito do livre desenvolvimento da personalidade, fomentando-se que o indivíduo exercite suas próprias opções “sem perder a autoestima nem o apreço da comunidade”, como ressaltam na boa doutrina estrangeira de Vives Anton (2001, p. 276) e Vicente Grima Lizandra (1998, p.62) que abordam a importância da vida em sociedade.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p.425) ao interpretarem o aludido princípio constitucional, lecionam que:

A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social[...]. Portanto, o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

Por essa razão, adverte Guilherme de Souza Nucci (2010, p.4) que “esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem aliado de qualquer cenário”. Portanto, na busca pela vida digna, todas as manifestações sociais da pessoa devem ser consideradas, a fim de que o referido supra vetor seja efetivado.

Flávia Piovesan (1998, p.215-216) traz importante colaboração ao tema, ao afirmar que:

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a

interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional[...]Relativamente ao alcance universal dos direitos humanos, o princípio da dignidade humana, como princípio fundamental da Carta de 1988, por si só, sustenta a concepção de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa, sem qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Merece registro, por oportuno, a seguinte lição do italiano Gustavo Zagrebelsky (2008, p.166):

Nos Estados constitucionais modernos, os princípios morais do direito natural foram incorporados ao direito positivo. As modalidades argumentativas do direito constitucional se ‘abrem’, assim aos discursos metajurídicos, tanto mais se forem tomados em consideração os princípios da Constituição. Nos princípios constitucionais confluem, portanto, aspectos temáticos positivistas e jusnaturalistas. Não é difícil compreender que justamente sobre isso (e, por conseguinte, sobre as declarações dos direitos e da justiça) as grandes concepções do pensamento jurídico contemporâneo hajam podido encontrar compromissos satisfatórios em seu conjunto [...] A realidade, ao colocar-se em contato com o princípio, se vivifica, por assim dizer, e adquire valor. No lugar de apresentar-se como matéria inerte, objeto meramente passivo da aplicação de normas[...], a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de ‘tomadas de posição’ jurídica[...].

O direito subjetivo de o cidadão de cobrar do Estado a prestação do serviço público aqui enfocado faz aflorar ao debate a questão das políticas públicas que, para Patrícia Villela (2009, p. vii): “é inerente ao ordenamento jurídico e encontra sentido e força no Direito, que é uma das áreas a disciplinar as relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade”, acrescentando ainda que:

As políticas públicas compreendem as escolhas e as ações das autoridades legitimamente eleitas no exercício de um estatuto governamental disciplinado pelo Constituinte. Pautam-se por conteúdos previamente consignados no cosmos normativo, os quais são submetidos a ponderações concretas diante da gama de alternativas jurídica e faticamente possíveis[...]Nesta condição, importa em desprezo ao texto constitucional descansarmos sobre a repetida – e traiçoeira – assertiva de que as escolhas das políticas públicas a serem implantadas se concentram integral e em última instância nas mãos do Poder Executivo, que as ditará seguindo o critério da conveniência e oportunidade, por ser considerado um centro de decisão autônomo e homogêneo. Isto porque, nossa Lei Maior [...] assinalou que muitas políticas públicas concretizam direitos fundamentais – indisponíveis pela sua natureza.

Ana Carolina Izidório Davies(2010, p.30) palmilha tese semelhante concluindo que:

[...]as políticas públicas constituem o principal instrumento destinado a atender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais"[...]a dimensão subjetiva se presta ao atendimento do Estado Social, posto que enriquece o indivíduo de um rol de direitos subjetivos face ao Estado. Por outro lado, a dimensão objetiva é o viés democrático dos direitos fundamentais , posto que é a forma de viabilização destes direitos de forma equânime, por meio de garantias estatais. As políticas públicas vão ao encontro desta última dimensão, ou seja, a garantia de determinado direito a todos os cidadãos de forma justa, colocada à disposição geral e em atendimento especial aos de maior carência sócio-econômica.Embora existam outros meios eficazes de efetivação de direitos fundamentais, é preciso de convencer de que a forma mais adequada de satisfação destes direitos, em especial os sociais, é por meio desta atuação estatal, ou seja, a implementação de políticas públicas.

Ainda sobre liberdades públicas, não se pode olvidar da seguinte lição de Geraldo Ataliba(2011, p.119):

Três princípios devem ser considerados como fulcro em torno do qual se ergue o edifício das instituições republicanas, no direito positivo brasileiro, operando como suas premissas básicas. Ao mesmo tempo, ele é serviente dos valores nele encerrados, no contexto de uma relação indissociável de recíproca vocação. São, com igual importância, os princípios da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas, expandidos em clima no qual se asseguram a certeza e a segurança do Direito. Tal é o grau de evidência da transcendência desses princípios, que facilmente se verifica estarem na base da república. Bem se vê que todos eles têm como ponto de partida a noção de representatividade, baseada na teoria da soberania popular.

O poder deve ser exercido pelo povo por meio dos seus representantes, que devem obedecer a Constituição, buscando que além da eficácia jurídica, os princípios sejam vetores de interpretação para todas suas atividades, incluindo o serviço público de saúde.

### **3. O serviço público de saúde**

Leciona-se que a noção de saúde pública atingida na contemporaneidade começou a ser desenhada por ocasião do Estado liberal burguês do final do século XVIII, em cujo período a assistência pública aglutinando a assistência social e médica consistia, segundo Sueli Gandolfi Dallari (DALLARI, p.248): em "matéria dependente da solidariedade de vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se as ação das comunidades locais fosse insuficiente".

A partir da segunda metade do século XIX, a saúde pública passou a ser uma prioridade política, sendo que a partir do início do século XX, já se encontra "instaurada a proteção sanitária como política de Estado" (DALLARI, p.249). E a referida autora diz ainda

A recordação do desenvolvimento recente do conceito de saúde pública revela sua estreita ligação com a ideia de políticas públicas. De fato, em todas as etapas de sua evolução se percebe a indispensável atuação do Estado para defender a saúde pública, configurando direitos e distribuindo bens e serviços[...]Assim, sem qualquer receio de deslize metodológico, pode-se afirmar que, com a criação do Estado Moderno, a saúde pública é uma política de Estado. E, sob o prisma jurídico, de tal conclusão decorre uma estrutura legal de base constitucional fundamentando toda e qualquer atuação estatal em nome da promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

Janaína Machado Sturza e Sabrina Cassol(2008, p.359) trazem importante contribuição ao tema, assinalando que:

Hoje, na sociedade contemporânea, a saúde é, indiscutivelmente, um fundamental direito humano, além de ser, também, um importante investimento social. Na medida em que os governos têm o objetivo de melhorar as condições de saúde de todos os cidadãos, é necessário que invistam recursos em políticas públicas de saúde, capazes de garantir programas efetivos para a sua promoção. Todavia, garantir o acesso igualitário a condições de vida saudável e satisfatória, a cada ser humano, constitui um princípio fundamental de justiça social e, portanto, exige, também, uma grande produtividade complexa por parte da sociedade e do Estado, sendo necessária a intensificação dos esforços para coordenar as intervenções econômicas, sociais e sanitárias, através de uma ação integrada.

No que tange ao Brasil, a Constituição da República estabelece que:

Artigo 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 igualitários às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A nossa Carta ainda estabeleceu a relevância pública das ações e serviços de saúde ditando que:

Artigo 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.

O Sistema Único de Saúde foi erigido em dogma constitucional normativado pelo artigo 198 da Constituição da República, com as diretrizes da descentralização, assistência integral e participação da comunidade.

Para que o Estado brasileiro, através de todas as esferas da federação, possa cumprir tal dever de assistência com eficácia foi estabelecido o referido sistema com direção única, por intermédio de uma rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada.

É percuciente a lição de Mônica de Almeida Magalhães(2009, p.79), ao afirmar que:

As três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente suas obrigações, a outra deve fazê-lo. O fato de existir uma diretriz de descentralização não significa que, uma vez aperfeiçoada esta, os demais entes possam se afastar de suas obrigações constitucionais. Antes, o Texto Maior foi enfático ao proclamar a existência de um sistema único, que envolve responsabilidade permanente e solidária de todos os entes da federação.

O cumprimento das aludidas obrigações insere-se no âmbito da atenção primária, secundária e terciária, diante de unidades referenciadas e contrarreferenciadas.

#### **4. Terceiro setor**

É inegável que os compromissos que gravitam sobre um Estado social como o Brasil são enormes não só pela sua dimensão constitucional, mas principalmente pelos inúmeros problemas que angustiam sua população.

Muito a propósito, anota Paulo Modesto (2011, p.23) que:

Diante do crescimento do papel político e econômico do Estado, inclusive na esfera dos serviços sociais, direta ou indiretamente, o desafio da Administração Pública, na sociedade dos nossos dias, é assegurar ao próprio Estado conciliar o fazer com celeridade, de modo efetivo e eficaz, e o fazer de forma adequada e segura, ponderando, com legalidade e custos razoáveis, equidade e controle, os interesses públicos em jogo. O desafio posto ao administrador público hoje é criar valor público, satisfação no usuário direto e indireto da Administração Pública, em contexto de grande complexidade, empregando instrumentos de atuação pensados em outro momento histórico.

Assim, para cumprir tais desafios, muitos dos quais aflorados a partir da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a focar a sociedade civil como uma parceira essencial na consecução dos seus fins.

Esta simbiose da Administração Pública com diversos setores da sociedade civil trouxeram novas qualificações jurídicas a tais entes colaboradores provocando teses desafiadores no âmbito da ciência do Direito Administrativo.

O administrativista (MODESTO, p.28) supra preleciona com percuciência que:

Hoje o direito administrativo brasileiro permanece fortemente referido ao exercício da função administrativa, nos aspectos objetivo e subjetivo e instrumental, mas também é aplicado a entidades privadas que não realizam função administrativa, não são delegadas do Estado, nem manifestam poderes públicos, mas que firmam voluntariamente com o Poder Público vínculos de parceria e fomento essenciais ao desenvolvimento da própria coletividade e à realização da justiça social, pois viabilizam a concretização de direitos fundamentais.

No que tange à colaboração da sociedade civil na gestão de unidades estatais de saúde, como já explicitado, preconiza o artigo 196 da Constituição Federal que a saúde é um direito de todos e dever do Estado prestá-la universalmente e de forma igualitária.

Em complemento, dispõe o artigo 197 que as ações e serviços de saúde revestem-se de relevância pública, cuja execução poderá ser feita diretamente pelo Estado ou por terceiros.

Delineando a matiz voltada à saúde pública, insculpiu a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 220, § 2º que as aludidas ações e serviços serão realizados preferencialmente pelo Poder Público, ressalvando o texto normativo do § 4º que *a participação do setor privado no sistema único de saúde efetivar-se-á segundo suas diretrizes, mediante convênio ou contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

Agregue-se que a descentralização do SUS, acarretou ao município, nos termos do artigo 18, inciso I da Lei nº 8.080/90, o ônus de *planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.*

Para a efetivação da aludida política pública, vários Estados e municípios, vêm se utilizando do terceiro setor, celebrando contratos de gestão com Organizações Sociais (OS) ou termos de parcerias com as denominadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2010,p.490) que o terceiro setor é aquele:

que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade.

Márcio Fernando Elias Rosa (2006, p.95) define tais entes como:

    pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sem fins lucrativos e para o desempenho de atividades sociais, que recebam especial qualificação outorgada pelo Estado, que lhes permita firmar contrato de gestão ou termo de parceria com a Administração Pública, advindo desse vínculo efeitos jurídicos diferenciados.

    Numa Conferência realizada em dezembro de 2006, pelo antigo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Cidadania o referido procurador buscou estabelecer para a Administração Pública as regras e limites para a contratação de entidades civis, bem como definir os limites, a fim de evitar abusos e irregularidades.

#### **4.1 Organizações Sociais de Saúde**

    As Organizações Sociais foram disciplinadas, no âmbito federal, pela Lei n° 9.637, de 11 de maio de 1998. Trata-se de uma qualificação jurídica conferida pela União a pessoas jurídicas de direito privado, desde que não tenham fins lucrativos, as quais devem prever em seus estatutos o exercício de atividades direcionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à saúde e à cultura (art.1°).

    Como requisitos específicos à habilitação de OS, a entidade, além da finalidade não lucrativa, deve conter um conselho de administração, como órgão de deliberação superior, composto com a participação de representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

    Vê-se, claramente, pela legislação federal que regula as OS que o propósito da criação de tais entes, revestidos com tal qualificação, foi o de substituir entidades públicas que atuam num dos setores nominados pela lei supra.

    O Estado de São Paulo, inspirando-se no governo da União, editou a Lei Complementar n° 846/98, que restringiu inicialmente a ação das OS nas áreas da saúde e cultura. Posteriormente, foi editada a Lei Complementar n° 1.095/09 que estendeu a possibilidade de se estabelecer contrato de gestão com OS também nas áreas do esporte e no atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Acrescente-se que outros Estados, como Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco, Santa Catarina e vários municípios também editaram suas leis estaduais e municipais disciplinando a atuação das OS naqueles territórios.

Lecionando sobre o tema, ensina Januário Montone (2011, P.45) que:

O contrato de gestão é o instrumento de parceria mais amplo, que por isso mesmo exige lei específica de cada Estado ou Município pois, mesmo inspirando-se na legislação federal, a mesma não é regra geral. As entidades do terceiro setor interessadas em firmar contratos de gestão com o poder público, solicitam sua qualificação como organização social, atendendo às exigências específicas da legislação local. Em São Paulo, por exemplo, as entidades sem fins lucrativos devem comprovar cinco anos de experiência no setor de saúde e não se admite que façam qualquer distribuição de sobras ou lucros, excluindo assim as cooperativas.

Dispõe a legislação estadual paulista que, uma vez habilitada como organização social, a entidade poderá celebrar contrato de gestão com o Poder Público numa das áreas enfocadas, com a observação de que no âmbito da saúde deverá atender tão somente usuários do Sistema Único de Saúde (art.8º,IV) <sup>4</sup>

Apesar de a lei estadual dispensar a licitação em tal caso (art.6º,§ 1 ) determina que o poder público deva dar publicidade em celebrar contrato de gestão com os entes revestidos de tal natureza jurídica, a fim de que possam elas manifestarem o interesse em firmar parceria com o Estado (art.6º, § 4º).

Também, por imposição legal, deve gravitar sobre o aludido contrato os princípios que norteiam a Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal e 111 da Constituição Estadual.

As OS são remuneradas mediante verbas repassadas pelo Estado, que leva em consideração a quantidade e a qualidade do serviço prestado. Os servidores podem ser contratados sem processo seletivo e há a possibilidade de o Estado ceder funcionário público para a Organização Social (art.16).

Importa acrescentar que a OS que não cumprir as metas estabelecidas no contrato de gestão será desqualificada, sendo que seus dirigentes podem ser responsabilizados civilmente por eventual enriquecimento ilícito ou dano praticado ao patrimônio público, sem prejuízo da ação penal cabível.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Para o artigo 6º da LC 846/98, com a nova redação ditada pela L.C. 1.095/99 , "entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas à área da saúde, da cultura, do esporte ou do atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência." (NR) .

<sup>5</sup> Vide artigo 10 da Lei nº 9.637/98.



A execução do contrato de gestão é fiscalizada periodicamente por uma comissão de avaliação, que, diante de irregularidade comprovada, cientificará ao Ministério Público e Tribunal de Contas, além da própria Secretaria de Estado (art.10).

Muito a propósito, ensina Odete Medauar (2009, P.101) que:

“A organização social celebra contrato de gestão com o poder público, para a formação de parceria no fomento e execução das atividades relativas às áreas acima indicadas. Dessa forma, o poder público deixará de ser executor direto de atividades ou serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução. O Poder Executivo poderá desqualificar a entidade, quando se verificar o descumprimento de disposições do contrato de gestão; os dirigentes da organização social respondem individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão”

No contrato de gestão celebrado com a Organização social evidencia de forma cristalina a administração do serviço público, do patrimônio público, com regramento preponderante do Direito Privado.

A constitucionalidade da Lei n° 9.637/98 está sendo questionada na ADIN n° 1.923. Apesar do julgamento estar suspenso, o relator Ayres Brito votou pela parcial procedência, para que seja dada interpretação da aludida lei, conforme a constituição, a fim de que o processo de qualificação da Os seja feito de forma pública, transparente e impessoal, com a aplicação do artigo 37 da constituição da República.

#### **4.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**

As OSCIP encontram-se amparadas pela Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999 e regulamentadas pelo Decreto n° 3.100, de 30 de junho de 1999.

A entidade que se amoldar à exigência legal deverá qualificar-se perante o Ministério da Justiça. Exige-se, primordialmente, que o ente privado que desejar revestir-se de tal natureza jurídica, deve ser instituído por iniciativa de particular e não pode ter fins lucrativos. Outrossim, seu objetivo social, além da universalização dos serviços, deve ter pelo menos uma das seguintes finalidades: promoção da assistência social; da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e da saúde; da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos

sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos mencionados pela lei em epígrafe.<sup>6</sup>

Não poderão receber qualificação de OSCIP, ainda que não tenham fins lucrativos, as seguintes pessoas jurídicas: as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Enquanto a OS celebra contrato de gestão com o Poder Público, a OSCIP estabelece termo de parceria<sup>7</sup>, segundo Odete Medauar(2011, p.103) que está “*destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada*”

Acrescente-se que o objetivo da parceria não consiste na transferência da prestação do serviço público à OSCIP e, sim, o de estimular a execução de atividades de interesse público já desenvolvidas pela entidade parceira.

Como bem ensina Rita Tourinho (2010, p.329);

o objetivo buscado com a introdução das OSCIPS no nosso ordenamento foi viabilizar o fomento da atividade particular de interesse público. Assim, a intenção do legislador foi apenas viabilizar a cooperação pública às iniciativas particulares

---

<sup>6</sup> Vide artigo 3º da Lei nº 9.790/99.

<sup>7</sup> Vide artigo 9º da Lei nº 9.790/99.

voltadas ao atendimento de demandas sociais, sem a renúncia do dever estatal de prestar o serviço público. O Termo de Parceria firmado entre a OSCIP e a Administração Pública não difere do Contrato de Gestão, quanto ao seu conteúdo. Assim, também é instrumento destinado a estabelecer metas e programas a serem desenvolvidos pela entidade, fixar prazos para cumprimento dos objetivos traçados, definir critérios objetivos de avaliação de desempenho e apresentar as vantagens outorgadas.

A execução do objeto constante do termo de parceria deve ser fiscalizada pelo Poder Público, sendo que os agentes estatais *ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.*<sup>8</sup>

Impõem-se a observação de que o Estado-membro ou município que queira estabelecer termo de parceria com eventual OSCIP deverá socorrer-se, inicialmente, de lei estadual ou municipal disciplinando a matéria.

Nos anais Conferência realizada no Seminário realizado em 2006, pelo então Centro de Apoio, Maria Sylvia discorreu sobre As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Leis nºs 9637/98 e 9790/99), afirmando que:

Um primeiro aspecto polêmico é o que diz respeito à necessidade ou não de lei estadual ou municipal para que Estados, Distrito Federal e Municípios adotem medida semelhante a da esfera federal. No caso das OS ninguém discute mais, porque já está definido que cada ente federativo tem que ter sua própria lei, já que as entidades qualificadas como OS vão gerir serviço público. No caso da OSCIP a dúvida existe, porém se caminha para o entendimento de que cada ente federativo tem que ter a sua própria lei. Alguns Tribunais de Contas já se posicionaram nesse sentido. Por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, respondendo a uma consulta do Município de Patrocínio Paulista, respondeu que “é possível a contratação de Oscip para operacionalização do Programa de Saúde da Família e do Programa de Agentes Comunitários da Saúde desde que precedidas de lei municipal dispondo sobre a matéria e que sejam observados os respectivos procedimentos de seleção das entidades interessadas em celebrar contratos de gestão, termos de parceria e convênios. Esse é o entendimento correto. Cada ente da federação, por meio de um termo de parceria, pode ou não decidir pelo fomento a uma atividade privada de interesse público. Cada esfera de governo decide quais as atividades que quer fomentar, podendo ou não coincidir com as previstas na lei federal. Nem precisa necessariamente qualificar as entidades como OSCIPs. Pode escolher outra qualificação jurídica ou pode simplesmente continuar a utilizar o instrumento do convênio com entidades assistências, com fundamento no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21.6.93. Cada ente federativo vai fazer a parceria segundo os requisitos estabelecidos em sua própria legislação. Não pode simplesmente usar como fundamento a lei federal, sem que haja uma lei estadual ou municipal estabelecendo os requisitos. Isto não quer dizer que Estados e Municípios não possam celebrar

---

<sup>8</sup> Artigo 12 da Lei nº 9.790/99.

convênio com uma OSCIP qualificada pelo governo federal, já que ela é uma entidade assistencial como tantas outras. Só que, como não existe lei estadual ou municipal estabelecendo os requisitos para a parceria, deve ser obedecida a Lei nº 8.666, especialmente seu artigo 116

A OSCIP poderá ser desqualificada por provocação do Ministério Público ou qualquer outro ente, inclusive, por iniciativa popular, sendo que seus membros poderão ser responsabilizados civilmente por eventual enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público, sem prejuízo da ação penal cabível.<sup>9</sup>

Aliás, tanto os entes qualificados como OS ou como OSCIP, passam a prestar com o contrato de gestão ou com o termo de parceria, ações ou funções próprias do Estado, quer na forma direta (1ª hipótese) quer na forma indireta (2ª hipótese) consubstanciadas evidentemente na prestação de serviços públicos.

Merece registro na Conferência do Ministério Público, o ensinamento de Márcio Fernando Elias Rosa, a respeito da responsabilidade civil dos aludidos entes e de seus agentes:

“Daí que responderão pelos danos que vierem a ser praticados por seus agentes, no exercício de ações decorrentes do ajuste, a terceiros, e independentemente de dolo ou culpa. Aplica-se aqui a responsabilidade objetiva de que trata o art. 37, § 6.º, da CF. O Poder Público contratante poderá vir a ser responsabilizado subsidiariamente, se esgotado o patrimônio da entidade social, ou poderá vir a ser responsabilizado diretamente em razão da má-escolha da entidade ou omissão no seu dever de fiscalização e de intervenção, mas tais critérios somente se justificam em face de obrigações de natureza não contratual assumidas pela entidade social. Os dirigentes das Organizações Sociais e das Organizações Sociais de Interesse Público, por fim, tanto poderão ser responsabilizados por danos que venham a ser perpetrados em face do patrimônio público (como em razão da má gestão da entidade e do objeto avençado) como também responderão na forma da Lei Nacional n. 8.429/92. Exercem, não por força do vínculo empregatício que mantêm com a entidade social, mas pelo vínculo estabelecido com o Poder Público, funções próprias do Estado e são em tudo equiparados a agentes públicos, seja para fins criminais, seja para responderem na forma da indicada Lei de Improbidade Administrativa. Por isso, ressalvadas as sanções próprias dos agentes públicos (como a perda do cargo ou da função e, para a entidade, a suspensão dos direitos políticos), as sanções que aos dirigentes e às entidades sociais sejam compatíveis poderão vir a ser aplicadas, revertendo-se as sanções de caráter pecuniário em favor do Poder Público local.”

Vem se observando, nos últimos anos, verdadeira fraude perpetrada por alguns entes privados que inserem nos seus estatutos sociais todas as finalidades exigidas pelo artigo 3º da lei já referida e mesmo, assim, recebem a qualificação de OSCIP pelo Ministério da Justiça.

---

<sup>9</sup> Artigos 12 e 13 da lei supra.

Não é crível que uma mesma entidade consiga atingir finalidades tão díspares, como se verifica com algumas pessoas jurídicas que oferecem parcerias com entes públicos, inclusive, Prefeituras Municipais, para a consecução de várias atividades de aparente interesse público, cuja vocação, na realidade, foca o enriquecimento ilícito de seus dirigentes com a conivência do gestor público.

Aliás, algumas OSCIP vêm sendo utilizada como mera fornecedoras de mão-de-obra para o Poder Público num autêntico desvirtuamento de suas finalidades com inegável ofensa aos princípios inseridos no artigo 37 da Constituição Federal.

Assim, o Promotor de Justiça, que atua na área da saúde, deve atentar para a vocação institucional da OSCIP que celebrou termo de parceria com o gestor público para aferir, se fato, ela desenvolve atividade fim visando a saúde pública e, principalmente, se a execução do serviço atende ao interesse da comunidade, levando-se em consideração não só os princípios da eficiência e da economicidade, como também o da moralidade e supremacia do interesse público.

Em tese aprovada pelo I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, destaca Adriana Ribeiro Soares de Moraes que:

...o Ministério Público deve se preocupar em aperfeiçoar os mecanismos de controle destes ajustes, os quais representam repasse de vultosos recursos públicos para entidades civis, sem fins lucrativos, não-governamentais, cujo propósito final é gerar serviços de caráter público. Ademais, deve-se combater todo e qualquer ajuste com entidade privada, sem fins lucrativos, cujo objetivo fundamental seja a intermediação de mão-de-obra, vale dizer, a contratação de pessoal em desrespeito ao preceito constitucional do acesso a cargos ou empregos públicos por meio de concurso público (art.37, II da CF), o que se torna evidente pela constatação da ausência de efetivo programa de trabalho a ser executado pela entidade...o Promotor de Justiça deve se agarrar na tutela da efetividade dos princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública, como a isonomia, impessoalidade, supremacia do interesse público, eficiência e economicidade. Municionado por este conjunto principiológico, é viável o controle social da terceirização da execução do serviço público de saúde.<sup>10</sup>

Aponta-se quatro diferentes etapas importantes para uma atuação exitosa do Ministério Público na fiscalização da relação estabelecida entre Poder Público e entes sociais e a efetividade e eficiência do serviço prestado à coletividade. Assim, dentre outras, sugere-se os seguintes módulos de fiscalização:

---

<sup>10</sup> Congresso realizado na cidade de São Paulo, no período de 18 a 21 de agosto de 2010.

**fiscalização prévia** e que incida no que estabelecer a lei local e sua compatibilidade com o sistema constitucional (necessidade de observância dos parâmetros já comentados – lei que não proíba, por exemplo, o vínculo de agentes políticos com as entidades que venham a receber a qualificação ou que definam apenas critérios discricionários para a outorga da qualificação e celebração do contrato ou parceria);  
**da outorga da qualificação** (concessão da qualificação para entidades que não atendam aos requisitos fixados na lei de regência ou que decorram do regime jurídico-administrativo, que violem o princípio da impessoalidade ou da moralidade administrativa, por exemplo);  
**da formalização do ajuste** (o conteúdo do contrato e a justificativa para a celebração e escolha da contratada, por exemplo);  
**da execução do contrato ou parceria** (atuando, em regra, a partir de provação por representação ou peças de informação que lhe sejam encaminhadas pelo Tribunal de Contas, pelas Comissões de Avaliação, pelo Conselho Fiscal ou por qualquer interessado).

Assim, tanto a OS quanto a OSCIP devem ser devidamente fiscalizadas pelo Ministério Público, que deverá buscar a colaboração do Tribunal de Contas e dos Conselhos de Saúde.

#### **4.3 Parcerias público privadas na área de saúde**

Louvando-se em experiências internacionais, o Estado brasileiro inseriu no nosso ordenamento administrativo as denominadas parcerias público-privadas, através da Lei Federal nº 11.079/04.

A lei em comento define em seu artigo 2º parceria público-privada como "contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

As concessões são divididas em duas modalidades: patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada é definida pela lei como "a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".<sup>11</sup>

A concessão administrativa é conceituada legalmente como "o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".<sup>12</sup>

Interessante observar que o legislador não descuidou das diretrizes que devem gravitar sobre tais concessões estabelecendo em seu artigo 4º que nos contratos de parceria

---

<sup>11</sup> Art. 2º, § 1º.

<sup>12</sup> Art. 2º, § 2º.

público-privada devem ser observadas as seguintes diretrizes:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

A parceria enfocada será precedida de licitação, na modalidade de concorrência, conforme exigência expressa do artigo 10 da aludida lei.

Objetivando maior transparência e controle na gestão do objeto e um melhor delineamento dos riscos do empreendimento, exige a lei enfocada, no seu artigo 9º, que seja criada uma sociedade de propósito específico, que poderá assumir a forma de companhia aberta, com negociação dos valores mobiliários no mercado.

Dissertando sobre a natureza jurídica da mencionada parceria, ensina Bruno Miragem(2011, p.128) que:

A parceria público-privada de que trata a Lei Federal 11.079/2004 é espécie de negócio jurídico administrativo, contrato administrativo de concessão, celebrado entre órgão ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e particulares, para a realização, por estes últimos, de serviços públicos ou de obras públicas.

Alguns Estados-membros do Brasil, como Bahia e Minas Gerais estão implantando as parcerias público-privadas em saúde, enquanto, outros, como o Estado de São Paulo também se prepara para este novo desafio.

André César Médici (2011, p.71) define parcerias público-privadas em saúde como:

arranjos entre governos e entidades da sociedade civil (privadas ou sem fins lucrativos) que tem por objetivo compartilhar responsabilidades e riscos associados a diversos aspectos da produção, gestão ou investimento no setor saúde. elas se caracterizam basicamente pela gestão privada dessas responsabilidades a partir da regulação e controle do setor público.

Sobre a concessão administrativa, anota Floriano de Azevedo Marques Neto(2011, p.64) que:

[...]há uma delegação para que o particular preste uma atividade, execute um serviço público em nome do Poder Público como é próprio da concessão - a atividade não passa a ser da iniciativa privada, continua a ser do Poder Público. O particular (concessionário) porém é remunerado pelo Poder Público que paga para que o particular preste em seu nome esta atividade. E aí, efetivamente, ampliaram-se enormemente as possibilidades de ajustes contratuais para o Estado oferecer à

população a saúde pública[...]Do ponto de vista das ações e serviços de saúde, naquele macrocampo, nós podemos fazer uma divisão clássica entre atividades-meio e atividades-fim, entendendo atividades fim como assistência à saúde. As atividades meio, que já eram em grande parte contratadas perante o mundo privado, podem seguir sendo contratadas agora com o modelo de concessão que tem a vantagem de transferir ao particular uma série de responsabilidade e capturar para o mundo da saúde algo da eficiência privada.

É oportuno observar que tais parcerias na área de saúde tiveram um incremento vertiginoso nos últimos vinte anos, não só nos países da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também na África do Sul e nos países integrantes dos BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), em face da necessidade de se obter financiamento privado para uma área tão carente, como a saúde, notadamente, em face da "complexidade e dos custos de serviços de saúde, especialmente terciários", segundo André Cézár Médice (2011, p.71), que defende vantagem em tal sistema de parceria:

As PPP permitem aos governos alavancar a experiência do setor privado para melhorar a qualidade, acessibilidade e eficiência dos sistemas públicos de saúde, sem sobrecarregar as finanças públicas. Eles também podem complementar, com sua experiência e inovação, as abordagens do setor público para entrega de cuidados médicos. As PPP combinam as diferentes competências e recursos de vários parceiros de forma inovadora e permitem o compartilhamento de riscos e responsabilidades. Isso garante aos governos se beneficiar da experiência e conhecimentos do setor privado para se concentrar no planejamento de políticas e na regulação do setor saúde, delegando as atividades relacionadas ao dia a dia da provisão de serviços aos cuidados dos parceiros privados.

As parcerias aqui mencionadas podem ser constituídas de diversas formas ou modelos, com responsabilidade parcial ou total dos riscos dos parceiros públicos ou privados. Assim, o parceiro privado pode assumir toda a responsabilidade do empreendimento, desde a construção e montagem de equipamentos, com exploração das áreas clínicas e não clínicas, como também pode se responsabilizar apenas pela exploração das áreas não clínicas.

Exemplo interessante de parceria público privada consiste nas Iniciativas de Financiamento Privado, cujo modelo é comumente utilizado na Inglaterra, e consiste em contratos celebrados de longo prazo entre o Governo e os parceiros privados. Explica André Cezar Médici (2011, p.75) que em tais contratos os parceiros privados:

[...]financiam, constroem e, em alguns casos, entregam ao setor público ou passam a gerir eles mesmos as novas unidades construídas, total ou parcialmente. Em muitos casos se constroem unidades de saúde que depois de prontas são alugadas para parceiros do setor público. O governo então passa a gerir a unidade mas não é proprietário e sim locatário da mesma.

Experiência inovadora no Brasil, no âmbito da PPP, é o Hospital do Subúrbio da Bahia, cuja obra financiada pela IFC do Banco Mundial foi entregue ao consórcio das



empresas Dalkia (francesa) e o Grupo Promédica. Embora o edifício hospitalar seja do Estado, o consórcio enfocado gerencia toda a estrutura clínica e não clínica e já investiu aproximadamente R\$ 36.000,000,00 devendo, ainda, investir mais a cifra de R\$ 24.000.000,00 ao longo do contrato, que foi firmado pelo período de dez anos. O consórcio se obriga a atender exclusivamente clientela SUS, em contrapartida, o Estado de Bahia paga ao consórcio a quantia anual de R\$ 103.000.000,00 por ano, pelo cumprimento das metas pactuadas.

Ainda segundo André Céza Médice(2011, 85) a atividade médica no hospital é de responsabilidade do grupo Promédica, enquanto que à Dalkia fica a responsabilidade dos serviços de limpeza técnica, segurança e preservação do patrimônio.

Outro exemplo de PPP que vem sendo elogiada no âmbito da saúde é o Hospital Metropolitano de Belo Horizonte em que o parceiro privado participou da edificação da obra, mas como revela Floriano de Azevedo Marques Neto(2011, p.660:"ficou de fora a compra de equipamentos diagnósticos, a compra de equipamentos diretamente ligados ao atendimento da saúde e aos serviços clínicos."

É interessante observar que em tal parceria há uma remuneração variável ao parceiro privado que está à frente da gestão, conforme o desempenho das metas pactuadas.

Verifica-se, assim, que são experiências valiosas para a efetivação do serviço público de saúde, mas o Estado deve, por conseguinte, aperfeiçoar mecanismos de aprimoramento de controle de gestão visando cumprir os princípios vetores da eficiência e economicidade dando total transparência a tais gastos públicos.

Com efeito, não basta objetivar cumprir o dever de prestar a saúde aos cidadãos com eficiência e, neste sentido, é louvável o incremento de novas formas de parcerias para a efetivação e aperfeiçoamento do aludido serviço público. É necessário, concomitantemente, que o Estado desenvolva mecanismos de absoluto controle nos gastos com a saúde pública, cujo subfinanciamento é de conhecimento público.

## **5. Conclusão**

A saúde deve ser enfocada à luz dos ditames constitucionais como um direito fundamental social.

Há nítida diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, em face da função que devem cumprir. Assim, previstos no ordenamento interno (direitos fundamentais) asseguram o exercício de um direito de uma prerrogativa, com a possibilidade, inclusive, de

judicialização, em caso de descumprimento. Inserido num documento internacional (direitos humanos) poderão ensejar a condenação do Estado no Sistema Internacional ou Regional de Proteção dos Direitos Humanos, caso eventualmente o desrespeite.

A evolução histórica dos direitos fundamentais ensejou a classificação entre direitos ou dimensões de primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões. A primeira albergou a proteção dos direitos individuais e políticos, a segunda consagrando o Estado social exigiu dele as atividades prestacionais, enquanto que a terceira concretizou a defesa do homem como ente da humanidade.

A saúde é um direito fundamental social universal, gratuito, igualitário e indisponível trazendo como consequência, ao Estado, o dever de mantê-la, através da efetivação das políticas públicas voltadas à saúde de todos os cidadãos indistintamente.

A saúde pode ser enfocada sob o prisma de direito individual, social ou difuso.

O cidadão tem o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação do aludido serviço público consistente no fornecimento de todos os instrumentais para o cumprimento da integralidade da saúde pública.

A saúde, como direito fundamental, reveste-se da característica de realizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A efetivação do direito pleno à saúde passa pela seriedade da política pública voltada à concreção absoluta do aludido direito constitucional.

A saúde, como serviço público, é regida pelo Sistema Único de Saúde, com base constitucional.

O terceiro setor vem sendo privilegiado pela Administração Pública para a efetivação da saúde aos cidadãos, especialmente as Organizações Sociais de Saúde (OSS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

As parcerias firmadas entre o Poder Público e a OS são moduladas através do denominado contrato de gestão, enquanto que a parceria celebrada com a OSCIP é regida pelo termo de parceria.

Por meio da Lei Federal nº 11.079/04 as parcerias público-privadas para a prestação do serviço público de saúde, como são os exemplos dos Hospital do Subúrbio da Bahia e Metropolitano de Belo Horizonte.

Sem demérito de tais experiências valiosas para a efetivação do serviço público de saúde, o Estado deve aperfeiçoar mecanismos de aprimoramento de controle de gestão

visando cumprir os princípios vetores da eficiência e economicidade dando total transparência a tais gastos públicos.

## BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3.ed. atual. por Rosolea Miranda Golgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.I. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Rubem César. **Privado porém público: o terceiro setor na América Latina**. 2.ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao Direito Público da contemporaneidade**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MAGALHÃES, Mônica de Almeida. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas nos serviços de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 13.ed., São Paulo: RT, 2009.

MÉDICI, André César. O papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **O direito à saúde em Juízo**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7894/o-direito-a-saude-em-juizo>. Acesso em 03-07-2012.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do terceiro setor: a aplicação do Direito Público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MONTONE, Januário. As parcerias público-privadas na área de saúde: novas formas de ampliar o direito de acesso ao sistema único de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NAVARRO FALLAS, Roman A. **Derecho a la salud: un análisis a la luz del Derecho Internacional, el Ordenamiento Jurídico Costarricense y la Jurisprudencia Constitucional**. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

\_\_\_\_\_; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. Políticas públicas: a forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal Editora, 2010.

PIEDROLA GIL, Gonzalo. **Medicina preventiva y salud pública**. 10.ed. Barcelona: Masson, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

ROSA, Márcio Fernandes Elias. **A Administração Pública e a contratação de entidades civis - Limites e abusos nas prerrogativas de contratar**. Conferência realizada no Seminário realizado em dezembro de 2006, em São Paulo, pelo antigo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do MPE/SP.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos**

**direitos fundamentais na perspectiva constitucional.**11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STURZA, Janaína Machado; CASSOL, Sabrina. Do direito à saúde no Brasil ao diritto alla salute na Itália: breves apontamentos sóciojurídicos. In:GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna.**Santa Cruz do Sul-RS:IPR, 2008.

TOURINHO, Rita. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro:constatações e expectativas. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova Organização administrativa brasileira.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

VILLELA, Patrícia. **Ministério Público e políticas públicas.**Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

VIVES ANTON, T.S.. **Derecho Penal.** Parte Especial. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p.276. *apud.* GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.**Ley, derechos, justicia.Traduccion de Marina Gascón.Madrid: Editorial Trotta, 2008.