

Parecer

PG/SUBCONS/11/2023/CR

Em 29 de dezembro de 2023

REFERÊNCIA: PGMPRO202201312V01

DIREITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 13.019/2014 NA GESTÃO DAS UNIDADES DE SAÚDE PRÓPRIAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL, SISTEMÁTICA, TELEOLÓGICA E HISTÓRICA DOS ARTIGOS 199 § 1º DA CRFB/88, ARTIGO 24 DA LEI Nº 8.080/90 E INCISO IV DO ARTIGO 3º DA LEI 13.019/2014.

I - RELATÓRIO

Inicialmente, esclareço a adoção da forma de parecer em conformidade com o art. 104, I, “c”, do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Município.

Trata-se de Diligência oriunda do TCMRJ - levada a cabo a partir do voto condutor nº 525/2023, proferido nos autos do processo 040/100.309/2021, para que esta Procuradoria esclareça se mantém o entendimento contido na Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR sobre a possibilidade de se aplicar os ditames da Lei nº 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC) às relações jurídicas entabuladas pelo Município com as entidades sem fins lucrativos cujo objeto verse sobre prestações de **serviços de saúde** à população no âmbito das **unidades próprias** deste Ente, à luz dos argumentos lançados no aludido voto, que se lastreou no entendimento do Corpo Técnico daquela Casa e no parecer da Procuradoria Especial do TCM, citando decisão do TCU sobre o tema (acórdão TCU nº 1786/2022).

Como se verá, a Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR foi proferida no âmbito desta PGM, pela Chefia da PG/PADM, sem visto do Procurador-Geral, e, por

meio do referido opinamento, respondeu-se a questionamentos jurídicos lançados pela Secretara Municipal de Saúde, durante o período da Pandemia de Covid-19, especificamente sobre a possibilidade de se utilizar a Lei 13.019/2014 - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) - no âmbito da saúde, em eventual substituição aos contratos de gestão então celebrados pelo Município, com fundamento na Lei Municipal nº 5.026/2009.

Porém, a decisão proferida pelo TCM - que adotou entendimento diverso daquele emitido pela PGM - assim foi lançado (grifos nossos):

“II – VOTO

Inicialmente, é importante restar consignado que, embora a instrução do Corpo Instrutivo e o parecer da Douta Procuradoria Especial possuam encaminhamentos diversos, sendo a primeira por diligência e o segundo por determinação, o que se verifica é que ambos sinalizam para a inaplicabilidade dos Termos de Colaboração para gestão de unidades de saúde no Município do Rio de Janeiro.

É imprescindível destacar que a conclusão pela possibilidade de utilização do MROSC para gestão compartilhada da saúde, constante da Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR, se mostra incompatível com relação à vedação constante do art. 3^o, IV, do MROSC.

Assim, conforme defendido pelo Corpo Técnico e pela Douta Procuradoria Especial, o parecer da Procuradoria Geral

do Município vai de encontro à Constituição Federal (CRFB) e à Lei Orgânica da Saúde (LOS) ao fixar posicionamento pela possibilidade de utilização do Termo de Colaboração como substitutivo ao Contrato de Gestão para fins de atuação complementar ao SUS.

Nesse mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 1786/2022, firma entendimento que a contratação de entidade civil sem fins lucrativos para gestão compartilhada de saúde não pode ocorrer por celebração de Termo de Colaboração, vejamos:

38. [...] cumpre observar que a contratação de entidade civil sem fins lucrativos para gestão compartilhada de saúde não pode ocorrer por celebração de termo de colaboração, como traz o Termo de Referência.

[...].

A Lei 13.019/2014 não pode ser aplicada aos ajustes cujo objeto envolva parceria e fomento à atuação do setor privado sem fins lucrativos para a prestação de serviços de caráter complementar no SUS, cuja norma de regência é a Lei 9.637/1998, sendo o contrato de gestão a única forma de se firmar a parceria entre organizações sociais e o setor público.

Há de se destacar, por oportuno, que outros Acórdãos² do TCU alertam para o fato de que a utilização indevida do MROSC pela SMS com a utilização de

² Acórdão 1306/2007-TCU-Plenário. Relator ministro Guilherme Palmeira

Acórdão 13933/2019-TCU-1^a Câmara. Relator ministro-substituto Marcos Bemquerer.

Acórdão 402/2021-TCU-Plenário. Relator ministro Jorge Oliveira

Observação nossa: os acórdãos apontam pela possibilidade de fiscalização pelo TCU em verbas repassadas aos Estados e Municípios pelo SUS, mas não apontam pela impossibilidade de se celebrar instrumentos com base no MROSC no âmbito da prestação de serviços de saúde

¹ Art. 3^o Não se aplicam as exigências desta Lei:

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1^o do art. 199 da Constituição Federal. [Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015]

recursos dos fundos de saúde pode ser objeto de apontamentos por parte daquela Corte.

Por toda motivação exposta, e parabenizando a Procuradoria Especial desta Casa, no brilhante parecer do ilustre Procurador Jorge Maffra Ottoni, alinhando-me nesse momento ao encaminhamento por diligência, apresentado pela 4ª IGE, com o principal intuito de resguardar a população dos possíveis impactos causados pela alteração do modelo utilizado na prestação de serviços essenciais à saúde.

Isto porque, busca-se, nesse momento, informações mais detalhadas sobre a real situação dos serviços prestados através de Termo de Colaboração e as possíveis consequências em caso de não renovação dos pactos atualmente vigentes.

Assim, em consonância com o entendimento do Corpo Instrutivo, VOTO com fulcro no §2 do Art. 154³ do RITCMRio:

*1) por **DILIGÊNCIA**, para que a Procuradoria Geral do Município, à luz do entendimento apresentado pelo TCMBA e TCU, informe se mantém o entendimento contido na Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR.*

*2) Por **DILIGÊNCIA**, para que a Secretaria Municipal de Saúde:*

a) apresente quais os possíveis impactos da vedação do gerenciamento, operacionalização e/ou execução de ações e serviços de assistência à saúde em unidades públicas por meio da celebração de Termos de Colaboração; e

b) apresente um relatório de quais as providências pretende tomar caso seja vedada a utilização dos Termos de Colaboração, tendo em vista ainda que alguns Termos de Colaboração celebrados nesta municipalidade utilizam recursos dos fundos de saúde e que o TCU tem competência concorrente para fiscalizar o uso destes recursos.

Em que pesem os bem alinhavados argumentos lançados pelo Exmo. Sr. Conselheiro prolator do voto ora citado, fundamentados no Parecer JMO nº 374/2023 da Procuradoria Especial do TCM, na análise a 4ª Inspeção Geral de Controle Externo daquela Corte de Contas e nos acórdãos exarados pelo TCU e pelo TCMBA citados ao longo do voto, a conclusão será pela **manutenção do entendimento desta PGM** conforme os argumentos lançados na Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR, somados a outros fundamentos decorrentes de aprofundamento da análise, bem como objeção a cada um dos pontos lançados pela decisão da Corte de Contas.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Em apertada síntese, a questão posta versa sobre a possibilidade de se aplicar a Lei nº 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC) a relações jurídicas cujo objeto seja a prestação de serviços na área de saúde, por meio de entidades do terceiro setor, tendo em vista a redação do artigo 3º, inciso IV da referida Lei:

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

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins

³ Art. 154. As diligências, salvo decisão em contrário, serão cumpridas pelas autoridades competentes, no prazo de quinze dias úteis, prorrogável mediante pedido tempestivo, devidamente justificado.

lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Neste sentido, para se perquirir o alcance da norma que se extrai do referido texto – conforme ensinamentos de Humberto Ávila⁴, necessário também se perscrutar o alcance do que seria “**participação de forma complementar**” no SUS pelas entidades do terceiro setor, tal como previsto no artigo 199 § 1º da CRFB/88:

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

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

De forma a facilitar a compreensão, se adotará, no presente parecer o seguinte roteiro:

(i) argumentos lançados na Manifestação Técnica PG/PADM/030/2021/CR;

(ii) argumentos de reforço aos lançados na Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR

(iii) argumentos lançados no voto nº 525/2023 TCM e seus respectivos contrapontos;

(iv) conclusão.

⁴ Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. [...]. Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. (ÁVILA, Humberto. Teoria Dos Princípios: Da Definição À Aplicação Dos Princípios Jurídicos 18. Ed. Rev. E Atual. São Paulo: Malheiros, 2018.)

II. 1 Argumentos lançados na Manifestação Técnica PG/PADM/030/2021/CR

A manifestação técnica emitida pela PGM, e cuja conclusão restou questionada pela Egrégia Cortes de Contas, fixou entendimento de que os ajustes celebrados pelo Poder Público com entidades do Terceiro Setor para gestão compartilhada de unidades de saúde próprias do Município não estariam compreendidos na definição constitucional de “participação de forma complementar” ao SUS.

Acabou por estabelecer o entendimento que a definição do que é “participação de forma complementar” foi estabelecida pelo legislador ordinário e pelo próprio Ministério da Saúde em diversas normas por ele editadas.

Neste contexto, o artigo 24 da Lei 8080/90 (Lei do SUS) estabeleceu que:

Da Participação Complementar

*Art. 24. Quando **as suas disponibilidades forem insuficientes** para garantir a cobertura assistencial à população **de uma determinada área**, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos **serviços ofertados pela iniciativa privada**.*

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Assim, a “**participação complementar**” da iniciativa privada nos serviços de saúde – tal como previsto no artigo 24 da Lei do SUS – é adstrita a situações nas quais as **disponibilidades da oferta própria** de serviços de saúde oferecidos pelo SUS são *insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área*, podendo, nestes casos o poder público

se socorrer de serviços ofertados pela iniciativa privada.

Por corolário lógico, é de se entender que estes serviços serão disponibilizados pelos particulares em locais nos quais já prestem serviço e **não nas unidades próprias** da Administração Pública.

E tal lógica é corroborada ao se perscrutar as normas infralegais que tratam da “**participação complementar**”, tal como discriminado na manifestação técnica.

Assim, a Portaria nº 1.034/2010 do Ministério da Saúde, que “*dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde*”, expressamente em um de seus considerandos prevê que:

“Considerando que, segundo o art. 30, inciso VII, da Constituição, e os arts. 18, inciso I, e 17, inciso III da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Município e, supletivamente, ao Estado, gerir e executar serviços públicos de atendimento à saúde da população, podendo ambos recorrer, de maneira complementar, aos serviços ofertados pela iniciativa privada, quando os serviços de saúde da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial necessária;”

O artigo 2º da referida norma também dispõe que:

Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

Neste sentido, o artigo 7º da referida Portaria prevê um instrumento denominado Plano Operativo, em que se prevê que a entidade privada que for prestar serviços de forma complementar demonstre que tenha “capacidade instalada necessária” para prestação dos serviços, o que ratifica o entendimento de que a participação complementar é realizada nas instalações da iniciativa privada e não do Poder Público. Confira-se:

*Art. 7º O Plano Operativo é um instrumento que integrará todos os ajustes entre o ente público e a instituição privada, devendo conter elementos que **demonstrem a utilização da capacidade instalada necessária ao cumprimento do objeto do contrato**, a definição de oferta, fluxo de serviços e pactuação de metas.*

Observe-se que à época da edição da Portaria 1.034/2010, já estava em vigor **há cerca de 12 anos** a Lei Federal que trata dos contratos de gestão com entidades do terceiro setor qualificadas como Organizações Sociais (OSs) – Lei nº 9637/98 – mas a Portaria que, como dito, trata especificamente da “**participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde**” não traz uma linha sequer sobre contrato de gestão ou qualificação de entidades como organizações sociais.

No mesmo sentido, a Portaria de Consolidação nº 1 de 2017 do Ministério da Saúde, que trata sobre a “*Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde*” e especificamente no

Título VI, artigos 128 e seguintes trata da “**PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR**”.

Tal qual a Portaria nº 1.034/2010, ao tempo da edição da Portaria de Consolidação MS nº 1/2017, já estava em vigor a Lei 9637/1998⁵ (há quase 20 anos), mas de igual turno, este **Título** da r. norma não trata uma linha sequer sobre os contratos de gestão. Os únicos instrumentos a que se refere são o convênio e o contrato.

A Portaria de Consolidação trata também de credenciamento, que, nos termos do artigo 128, inciso II, é o “*procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, “caput” da Lei nº 8.666, de 1993*”.

Veja-se, desta forma, que a única norma legal citada para regular as relações entre os prestadores por meio de “participação complementar” e o Poder Público é a Lei 8.666/93. Nada se fala sobre a Lei nº 9637/98. Confirmam-se alguns dispositivos da r. norma citada na manifestação técnica da PGM:

TÍTULO VI
DA PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 128. Este Capítulo dispõe sobre a **participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde** e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de

Saúde (SUS). (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 1º)

Art. 129. Para efeito deste Capítulo, considera-se: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º)

I - chamamento público: ato de chamar, publicamente, prestadores de serviços assistenciais de interesse do SUS, **com a possibilidade de credenciá-los**; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, I)

II - credenciamento: procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, **nos termos do art. 25, “caput” da Lei nº 8.666, de 1993**; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, II)

(...)

VII - visita técnica para qualificação: inspeção realizada pelo ente federado contratante à entidade cadastrada com o objetivo de **identificar e avaliar a capacidade física e operacional e a qualidade das ações e dos serviços prestados**, com a emissão de parecer circunstanciado, que fundamentará a decisão acerca da habilitação da entidade; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, VII)

VIII - convênio: instrumento firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver **interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde**; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, VIII)

IX - contrato: ajuste entre órgãos ou entidades de saúde da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, atinentes à **prestação de serviços do SUS**; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, IX)

⁵ que trata do contrato de gestão e da qualificação das entidades como OSs

(...)

Art. 130. *Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º)*

§ 1º *Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 1º)*

§ 2º *Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 2º)*

§ 3º *A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 3º)*

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 3º, I)

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 3º, II)

§ 4º *As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na*

contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 4º)

§ 5º *As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 5º)*

§ 6º *Para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos do SUS. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 3º, § 6º)*

Art. 132. *A contratação complementar dos prestadores de serviços de saúde se dará nos termos da Lei nº 8.666, de 1993. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 5º)*

§ 1º *Desde que justificado pelo gestor competente, será admitido o credenciamento formal das entidades privadas nas hipóteses em que houver necessidade de um maior número de prestadores para o mesmo objeto e a competição entre eles for inviável. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 5º, § 1º)*

§ 2º *No caso do § 1º, serão aplicadas as regras da inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, "caput", da Lei nº 8.666, de 1993. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 5º, § 2º)*

Art. 134. *Os requisitos para o credenciamento devem estar previstos no respectivo regulamento, garantindo-se isonomia entre os interessados dispostos a contratar pelos valores definidos pelo SUS, constantes, obrigatoriamente, no edital. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 7º)*

Art. 135. *O registro de dados cadastrais para credenciamento estará permanentemente aberto a futuros interessados, estabelecidos limites temporais para as contratações. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 8º)*

Art. 136. *O edital e o respectivo regulamento do chamamento público deverão ser disponibilizados no Diário Oficial correspondente, em jornais de grande circulação e por meios eletrônicos, contendo o prazo de inscrição. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 9º)*

Art. 137. *O ente contratante deverá acompanhar todo o processo de credenciamento, podendo designar comissão especial para este fim. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 10)*

Art. 138. *No caso de contratação por inexigibilidade de licitação, como condição de eficácia dos atos, o gestor do SUS deverá publicar extrato da contratação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, por força do que dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993. (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 11)*

Mas por que a Portaria de Consolidação nº 1/2017, ao dispor sobre a “participação complementar” cita apenas a Lei 8666/93, sem trazer uma linha sequer sobre a Lei 9637/98 – que trata sobre os contratos de gestão com entidades qualificadas como Organizações Sociais - OSs?

Porque a interpretação que prevalece é a de que a “**participação complementar**” da iniciativa privada no SUS seria disciplinada por meio da Lei nº 8666/93 (vigente à época) e se daria, em regra, por meio de credenciamento, dentro da ideia de insuficiência da rede pública. Todos aqueles que tivessem interesse e condições técnicas e jurídicas poderiam prestar serviços de saúde de forma complementar aos serviços

prestados pelas unidades próprias de saúde dos Entes Públicos, por meio de credenciamento e contratação por inexigibilidade de licitação: quanto mais prestadores habilitados, melhor para a população que teria mais oferta de serviços à disposição.

A par desta “participação complementar”, por outro lado, a gestão de serviços de saúde **em unidades municipais por meio de gestão compartilhada**, poderia se dar por meio de contrato de gestão – disciplinados em âmbito federal por meio da Lei nº 9.637/98 e, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 5.026/2009 e pelo Decreto 30.780/2009 - ou por meio de um dos instrumentos previstos na Lei 13.019/2014 – regulamentada no âmbito do Município do Rio de Janeiro pelo Decreto nº 42.696/2016 -, como o termo de colaboração ou termo de fomento – ou até mesmo pelo Termo de Parceria previsto na Lei nº 9.790/99.

Em qualquer das hipóteses – contrato de gestão ou termo de colaboração/fomento – tais instrumentos, que tem natureza jurídica de convênio⁶, regulamentam a relação jurídica entre o Poder Público e entidade do terceiro setor, com algumas nuances próprias, mas que não se afastam de forma substancial.

Como argumento de reforço para aplicação da Lei nº 13.019/2014 à relação jurídica a ser entabulada entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor para prestação de serviços públicos de saúde de forma compartilhada em unidades próprias do poder público, ressalta-se que há dispositivos no MROSC que tratam especificamente de serviços de saúde:

⁶ como citado na MT PG/PADM/C/030/2021/CR

Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a **serviços de educação, saúde e assistência social**, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 84-C. Os benefícios previstos no art. 84-B serão conferidos às organizações da sociedade civil que apresentem entre seus objetivos sociais pelo menos uma das seguintes finalidades: (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV - promoção da saúde; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Desta feita, utilizando-se os métodos de interpretação, outra conclusão não se pode chegar sobre a aplicabilidade do MROSC às relações jurídicas entabuladas ou a serem entabuladas entre o Poder Público e a entidade do terceiro setor quando o serviço ofertado se der em unidades próprias de saúde do Poder Público. Assim ficou colacionado na Manifestação Técnica da PGM:

“Desta forma, os ajustes celebrados pelo Poder Público que não se enquadrem como serviços próprios, mas sim como complementares, por insuficiência da rede pública, não poderão ser regulados pela Lei nº 13.019/2014, por expressa vedação do art. 3º, inciso IV do MROSC.

Da análise do referido capítulo (art. 129, incisos I e II, dentre outros), verifica-se que a lógica da atuação complementar é a de credenciamento: todos os interessados que se habilitarem poderão participar, eis que quanto mais prestadores, melhor será cumprido o comando constitucional de universalização⁷ dos serviços.

De igual turno, a norma torna a repisar a necessidade de capacidade física do prestador (art. 129, inciso VII). Ou seja, deve o prestador ter espaço físico próprio para prestação de serviços de forma complementar ao SUS.

E o artigo 130, em reforço argumentativo, prescreve que “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”.

*Bem clara fica a distinção dos **serviços prestados de forma complementar ao SUS pela iniciativa privada**, que são prestados quando os serviços de saúde próprios **forem insuficientes e** aqueles prestados por entidades qualificadas como Organizações Sociais (OSs), nos termos da Lei nº 5.026/2009 no Município do Rio de Janeiro, para a prestação de serviços de saúde próprios do Município, **ao trazermos à baila** a possibilidade de utilização de bens do Município pela entidade privada, ex vi do art. 12 da Lei 5.026/2009:*

Art. 12 Às Organizações Sociais serão destinados recursos orçamentários e, eventualmente, **bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.**

(...)

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às Organizações Sociais, consoante cláusula expressa do contrato de gestão

Neste diapasão, configura-se uma opção da Administração prestar o serviço de saúde público próprio por meio de recursos humanos próprios, com prévio ingresso por concurso público, utilização de próprios

⁷ 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.

públicos ou bens locados para tais fins e insumos contratados por meio de licitação **ou** terceirizar esta gestão por meio de celebração de contratos de gestão celebrados na forma da Lei nº 5.026/2009.

Não tendo a natureza de participação complementar, este tipo de relação jurídica entabulado por meio de contrato de gestão (Lei nº 5.026/2009), utilizando-se de próprios municipais e que se configuram como **serviços de saúde públicos próprios** (artigo 130 da Portaria de Consolidação nº 1/2017), **pode** ser substituída pela relação jurídica prevista na Lei 13.019/2014 (MROSC), mais especificamente pelo termo de colaboração, previsto no artigo 2º, inciso VIII⁸ do MROSC.

Desta feita, todos aqueles serviços considerados próprios da rede pública de saúde – mesmo que geridos por entidades particulares – podem ser objeto de instrumentalização por meio das espécies de ajuste previstas na Lei 13.019/2014, ou por meio de contratos de gestão (Lei Municipal nº 5.026/2009), eis que não se enquadram no conceito de “**participação de forma complementar**” prevista no § 1º do art. 199 da CRFB/88.

A tal conclusão se chega independente de qual método de interpretação jurídica (hermenêutica) que utilizemos.

Paulo de Barros Carvalho, Mestre e Doutor pela PUC-SP, entende que “a hermenêutica fornece tão somente os instrumentos de interpretação dos enunciados jurídicos com fins de construção do sentido da norma jurídica, ou seja, a norma jurídica não está na lei, mas na cabeça do intérprete, que a constrói (a norma) baseado nos textos jurídicos enunciados na vasta legislação existente, mediante a utilização de

determinados métodos previamente selecionados pelo intérprete.

Os Métodos da Hermenêutica, foram definidos por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), jurista alemão do Século XIX, fundador da Escola Histórica do Direito que desmembrou a concretização da interpretação pelos Métodos Teleológico, lógico, histórico e sistemático. O ilustre doutrinador, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Prof. Dr. Luís Roberto Barroso, sintetizando os métodos de interpretação, define que “a interpretação se faz a partir do texto da norma, **interpretação gramatical**, de sua conexão, **interpretação sistemática**, de sua finalidade, **interpretação teleológica**, e de seu processo de criação, **interpretação histórica**”.

A interpretação gramatical permite desvendar o significado da norma, enfrentando dificuldades léxicas e de relações entre as palavras. Podem surgir questões quanto ao sentido dicionarizado de uma palavra ou quanto a relações entre substantivos e adjetivos ou, ainda, no uso de pronomes relativos.

A interpretação lógica, não citada por Barroso, mas que também é método de interpretação permite resolver contradições entre termos numa norma jurídica, chegando-se a um significado coerente. Adotando-se o princípio da identidade, por exemplo, não se admite o uso de um termo com significados diferentes.

Por este método, a interpretação de um texto de norma não pode conduzir a um absurdo.

A interpretação sistemática, por sua vez, analisa normas jurídicas entre si. Pressupondo que o ordenamento é um todo unitário, sem incompatibilidades, permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto. Principalmente devem ser evitadas as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito.

O método sistemático impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo

⁸ 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; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo. Assim, não podemos buscar o significado de um artigo, de uma lei ou de um código. Ambos devem ser analisados em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas.

Por fim, o método teleológico se baseia na ideia de finalidade. Busca os fins sociais e bens comuns da norma, dando-lhe certa autonomia em relação ao tempo que ela foi feita. Tratando-se de hermenêutica jurídica, o termo significa a interpretação do Direito (seu objeto), que pode e deve, passar por uma leitura constitucional e política.

Desta forma, a utilizando-se dos métodos de interpretação conhecidos, verifica-se que, pelas normas que regem o SUS, a interpretação gramatical ou literal da expressão “de forma complementar” não pode fugir da ideia de prestação de serviços de saúde que não são próprios do Ente Público na medida em que todas as normas (Lei do SUS, Portaria 134/2010 e Portaria de Consolidação nº 1/2017, estas últimas do Ministério da Saúde) apontam no sentido de que a complementariedade citada se dará apenas e tão somente em caso de carência dos serviços de saúde próprios do Poder Público.

De igual turno, a interpretação sistemática do artigo 3º inciso IV da Lei 13.019/2014, do § 1º do artigo 199 da Constituição e do artigo 24 da Lei 8080/90 e dos dispositivos das retrocitadas portarias do Ministério da Saúde, também mantém a coerência do sistema quando se aponta para o sentido de se entender pela existência duas espécies de prestação de serviços dos particulares por meio do SUS: a prestação de forma complementar, quando o fazem em sua rede particular própria em caso de insuficiência da rede pública e a prestação que não se dá de forma complementar quando atuam na gestão de unidades e serviços próprios da rede pública.

Depreendendo-se uma interpretação lógica do disposto no artigo 3º, inciso IV da

CRFB/88, não se poderia assentir que a gestão de serviços de saúde próprios dos Entes pudessem ser levados a cabo por meio de contratos de gestão disciplinados pela Lei Municipal nº 5.026/2009 (correspondente à Lei Federal nº 9637/98) e não pudessem ser regidos pela Lei nº 13.019/2014, por meio de termos de colaboração, eis que ambos os institutos, termo de colaboração e contratos de gestão tem a natureza jurídica de convênios. Não haveria o menor sentido nesta exclusão!

E a natureza convenial dos dois institutos não gera maiores dúvidas na medida em que em relação aos contratos de gestão o STF já pacificou a questão por meio da decisão na ADI nº 1923/DF e os termos de colaboração e demais termos da Lei 13.019/2014 também tem a **natureza de convênio**, como preconizado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

Por fim, quanto à interpretação teleológica, é de se assentar que o art. 3º, inciso IV da Lei nº 13.019/2014, ao excluir os contratos e convênios celebrados com o poder público de forma complementar ao SUS, leva em consideração que esta forma de prestação complementar estará aberta a todos os interessados que puderem suplementar as ações do Poder Público quando este não puder fazer por meio de sua rede própria – daí a ideia já explanada de se utilizar o credenciamento – em contraposição com a intenção da Lei 13.019/2014 em que se busca uma entidade para prestar serviço (no caso específico, gestão de unidades e serviços próprios), em que, a princípio, pode e deve haver competição entre os particulares.”

II.2. Reforço argumentativo: a interpretação histórica, uma nova perspectiva para a questão em ratificação aos métodos de interpretação antes empreendidos.

Considerando-se os contrapontos lançados pelo E. TCM, que, com a devida vênia, não

alteraram a convicção ora ratificada, busca-se a partir de agora ir além e trazer à baila a interpretação histórica para ratificar a posição ora defendida, para além de reforçar os argumentos dos demais métodos de interpretação já empreendidos.

E isto se justifica porque a redação do artigo 3º da Lei 13.019/93 é indubitavelmente truncada e deixa dúvidas quanto ao ser real sentido. Confira-se o dispositivo em sua integralidade:

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

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 ; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014 ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009 ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

a) membros de Poder ou do Ministério Público; (Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; (Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015)

c) pessoas jurídicas de direito público interno; (Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015)

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública; (Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015)

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Em primeiro lugar, verifica-se que os contratos de gestão ganharam um inciso (III) específico para que ficasse claro que às relações jurídicas entabuladas por meio da Lei nº 9637/98 – e seus correspondentes nos demais entes – não teriam interferência do MROSC, constituindo-se **dois regimentos distintos** que não se comunicariam.

No mesmo sentido, os termos de parceria, previstos na Lei 9.790/199 (inciso VI).

Já os convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas, sob o arcabouço da “participação complementar” ao SUS (art.

199§ 1º da CRFB/88) foram previstos no inciso IV do referido dispositivo, denotando que se trata de algo distinto dos contratos de gestão e dos termos de parceria.

A redação do caput, de todo modo, não é clara ao dispor que “**as exigências** desta lei não se aplicam (...)”.

Nesta linha argumentativa, é possível visualizar em diversos dispositivos legais que quando o legislador deliberadamente decide por vedar ou permitir a aplicação da legislação a certo grupo ou categoria, ele expressamente o faz, utilizando expressões como: “**esta lei se aplica a/não se aplica a ...**”, ou “**subordinam-se ao regime desta lei ...**”, como é possível aferir dos exemplos colacionados a seguir:

LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021

“Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

(...)

Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

(...)”(Grifado)

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”(Grifado)

LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

(...) (Grifado)

LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

(...)”(Grifado)

Se o legislador quisesse afastar da aplicação do MROSC a **TODAS** às relações jurídicas entre o Poder Público e os atores do terceiro setor para prestação de serviços na área de saúde o teria feito de forma expressa, assim como o fez em diversos outros textos normativos.

E isto fica bem claro quando se depreende o contexto histórico da edição do artigo 3º da Lei 13.019/14 e de suas alterações.

Assim, em 31 de julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, tendo como principal objetivo disciplinar a celebração de parcerias entre a administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, conceituadas como Organizações da Sociedade Civil (OSC). Esta lei entraria em vigor 90 dias após sua publicação, em 30 de outubro do mesmo ano.

Em 30 de outubro foi publicada a MP nº 658, que alterou a entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014 para 360 dias após sua publicação, passando para 27 de julho de 2015.

Em 27 de fevereiro de 2015, a MP nº 658/2014 foi convertida na Lei nº 13.102/2015, mantendo a entrada em vigor do MROSC para 27 de julho de 2015.

Em 22 de julho do mesmo ano, foi publicada a **MP nº 684/2015**, que alterou a entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014 para 540 dias após sua publicação – adiando o

início da sua vigência para 23 de janeiro de 2016. A redação da aludida MP era a seguinte:

Art. 1ª A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 83.

.....

*§ 2º Para qualquer parceria referida no **caput** eventualmente firmada por prazo indeterminado antes da entrada em vigor desta Lei, a administração pública promoverá, em prazo não superior a um ano, sob pena de responsabilização, a repactuação para adaptação de seus termos a esta Lei ou a respectiva rescisão.” (NR)*

“Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos 540 (quinhentos e quarenta) dias de sua publicação oficial.” (NR)

Art. 2º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Ou seja, a MP nº 684/2015 tinha como objetivo **originariamente** apenas e tão-somente promover o adiamento da eficácia da Lei 13.019/14.

Todavia, sua tramitação acabou promover grandes alterações na Lei nº 13.019/2014. Essa MP deu origem a um relatório, posteriormente transformado no Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 21/2015, ao qual, durante sua tramitação no Congresso Nacional, foram apresentadas **152 emendas, tendo ao final, sido promulgado como a Lei nº 13.204/2015, que levou a cabo centenas de alterações à redação original do MROSC.**

Mas a análise da tramitação legislativa que culminou com o acréscimo do inciso IV ao artigo 3º, é que demonstram o porquê da redação do referido dispositivo, como se verá a seguir.

Como dito, na tramitação pelo Congresso Nacional para conversão da MP nº 684/2015 em lei, foram apresentadas 152 emendas. Algumas delas foram aprovadas, outras não.

A redação original do MROSC, em seu artigo 3º, antes das alterações implementadas era a seguinte:

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

I – às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitam com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento;

II – às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário;

III – **aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.**

Assim, não havia a vedação prevista no inciso IV do art. 3º para que “as exigências” da lei 13.019/2014 não fossem aplicados a qualquer relação jurídica entabulada pelo Poder Público na área de saúde.

A vedação que havia era apenas para que os regimes da Lei nº 9.637/1998 e da Lei 13.019/2014 não se imiscuissem seja qual o objeto tivessem – inclusive na área de saúde.

Pela redação original, os contratos e convênios prestados de forma complementar ao SUS poderiam, em tese, se submeter aos ditames do MROSC.

Neste sentido, veja-se que o artigo 24 do MROSC erigiu como um requisito legal para o estabelecimento de relação jurídica com as entidades do terceiro setor, sejam elas

atuantes na área de saúde, sejam elas atuantes nas demais áreas de interesse público, **a necessidade de se submeter a um processo seletivo denominado chamamento público.** Confira-se:

*Art. 24. Para a celebração das parcerias previstas nesta Lei, a administração pública deverá realizar **chamamento público para selecionar organizações da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto.** (redação original antes da alteração feita pela Lei nº 13.204/2015).*

Erigi também diversos requisitos legais para formalização do chamamento (arts. 23 a 28), bem como disciplinou as hipóteses de dispensa (art. 29 e 30) e inexigibilidade (art.31).

Como dito, foram originalmente apresentadas 152 Emendas, como pode se comprovar da tramitação⁹ perante o Congresso Nacional. Confira-se:

11/08/2015

CN-SACM - SERVIÇO DE APOIO COMISSÕES MISTAS-CN

Situação:

AGUARDANDO INSTALAÇÃO DA COMISSÃO

Ação:

Encerrado o prazo regimental, foram apresentadas **152 (cento e cinquenta e duas) emendas** à Medida Provisória, de autoria dos Senhores Parlamentares: Senador Dalirio Beber 001; 021; Deputada Carmen Zanotto 002; 101; Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende 003; Deputado Mendonça Filho 004; 005; 006; Deputado Giacombo 007; 008; 009; Deputado Pauderney Avelino 010; 011; 012; Deputada Jô Moraes 013; Deputado André Figueiredo 014; 015; 016; 017; 018; 019; Senador Paulo Rocha 020; Deputado Jair Bolsonaro 022; Deputado Marcus Pestana

023; 024; 025; 026; 027; 028; 029; 030; 031; Deputado Antonio Brito 032; 033; Deputado Hildo Rocha 034; 053; Deputado Padre João 035; 036; 037; 038; Senadora Gleisi Hoffmann 039; Deputado Marcon 040; 041; 042; 043; Deputado Walter Ihoshi 044; 045; 046; 047; 048; Deputado Helder Salomão 049; 050; Deputado Eduardo Cury 051; 052; Deputado Eduardo Barbosa 054; 055; 056; 057; 058; 059; 060; 061; 062; 063; 064; 065; 145; 146; 147; 148; 149; 150; 151; Deputado Bohn Gass 066; 067; 068; 069; 070; 071; Deputado Chico Alencar 072; 073; 074; Deputado Valmir Assunção 075; 076; 077; 078; Senador Donizeti Nogueira 079; 080; 081; 082; 083; 084; Deputado Zé Silva 085; Deputado Eros Biondini 086; 087; 088; 089; 090; 091; 092; 093; 094; 095; 096; 097; Deputado João Daniel 098; 099; 100; 127; Senadora Lídice da Mata 102; 103; 104; 105; 106; 107;108; 109; 110; 111; 112; 113; Deputada Erika Kokay 114; 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121; 122; Senador Lindbergh Farias 123; 124; 125; 126; Deputado Max Filho 128; Senador Roberto Requião 129; 130; 131; Deputado Afonso Florence 132; 133; 134; 135; 136; 137;138; 139; 140; 141; 142; 143; 144; e Deputado Osmar Serraglio 152 (anexadas às fls. 25 a 353).

As emendas que nos interessam são as seguintes:¹⁰

Emendas nº 2 e 12 (Deputada Carmen Zanotto PPS/SC e Dep. Pauderney Avelino Democratas/AM)

EMENDA ADITIVA À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 684, DE 21 DE JULHO DE 2015.

Inclua-se, onde couber, na medida provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, o seguinte artigo:

⁹ <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/122463>

¹⁰ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4141144&ts=1630445813821&disp osition=inline>

Art.xx Modifica o art. 3º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 3º

IV – Às transferências de recursos destinadas à execução de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.”

JUSTIFICATIVA

Os artigos 197 e 199, da Constituição Federal contemplam a importância pública das ações e serviços de saúde executadas por entidades privadas assim como as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, **que atuam de forma complementar ao Sistema Único de Saúde - SUS.**

A Constituição Federal possui fundamentação suficiente para **afastar as restrições que a Lei nº 13.019** impõe para a continuidade da parceria com as entidades privadas no âmbito do SUS. Além disso, de acordo com a **Lei Complementar nº 141/2012**, é vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos fundo a fundo no âmbito do SUS, que são de natureza obrigatória. O sistema atual sobre o ato de contratualizar exige que a contratualização seja feita entre ente federado e entidade privada como requisito para repasse de recursos fundo a fundo pelo Ministério da saúde e, posteriormente, do ente para a entidade privada.

Aplicando-se as exigências da Lei nº 13.019, a formação de tal contrato não poderia ser realizada sem chamamento, o que impede a realização de investimentos. Até mesmo quando há recursos próprios do ente federado, além dos federais. A restrição pode visar danos aos contratos já celebrados e também comprometer o atendimento da aplicação mínima estabelecida pela Emenda Constitucional 29.

Acresce-se ainda referência ao CAPÍTULO II da Lei Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE

1990 que regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado. Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantendo o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, com vistas em garantir a cobertura assistencial à população, onde as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos são de preferência para participar do SUS.

Emenda 33 (Deputado Antonio Brito – PTB/BA e Darcísio Perondi – PMDB/RS)

Inclua-se onde couber:

Art. XX O art. 3º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte inciso IV:

“Art. 3º

.....

IV – às transferências de recursos destinadas à execução de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.”

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal prevê em seus artigos 197 e 199, § 1º, a relevância pública

das ações e serviços de saúde executadas por entidades privadas, que atuam de forma complementar ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Especialmente, no art. 199, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos têm preferência para efeito de sua contratação/convenimento junto ao SUS. **A CF por si só já constitui fundamento suficiente para afastar o chamamento e as demais restrições que a Lei nº 13.019**

impõe para a continuidade da parceria com as

entidades privadas no âmbito do SUS.

Além disso, o art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF prevê que transferências no âmbito do SUS são de natureza obrigatória. Por outro lado, a Lei nº 13.019 busca especialmente disciplinar requisitos para realização de transferências voluntárias com entidades privadas. Assim, desvincula-se da prática atual de transferência de recursos no âmbito do SUS, tanto que o Decreto que atualmente regulamenta transferências voluntárias (Dec. 6170) possui disposições expressas que excepcionam transferências do Ministério da Saúde - MS.

Acresce-se ainda referência à Lei Complementar nº 141/2012, segundo a qual é **vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos fundo a fundo no âmbito do SUS, que são de natureza obrigatória.** A sistemática atual de contratualização exige que esta seja feita entre ente federado e entidade privada como condição para repasse de recursos fundo a fundo pelo MS e, posteriormente, do ente para a entidade privada.

Aplicando-se as exigências da Lei nº 13.019, a contratualização não poderia ser realizada sem chamamento, impedindo a realização de investimentos. Inclusive, quando há recursos próprios do ente federado, além dos federais, a restrição pode comprometer o atendimento da aplicação mínima estabelecida pela Emenda Constitucional 29. Por fim, o entendimento é que a Lei vale para todos os entes federados. Por isso, trata-se do SUS, e não apenas do Ministério da Saúde.

Emenda 93 (Deputado Eros Biondini)

EMENDA ADITIVA Nº

A Medida Provisória nº 684, de 2015, passa a vigorar acrescida da seguinte alteração:

“Art. 1º A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, passa a vigorar com as seguintes alterações:”

“Art.

3º.....

IV – às transferências de recursos destinadas à execução de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS e de atividades de natureza continuada de serviços integrantes do Sistema Único de Assistência Social –SUAS e da Educação, que prestem atendimento direto ao público e sejam previamente credenciadas pelo órgão gestor da política.
(NR)

JUSTIFICAÇÃO

A aprovação da lei nº 13.019/2014 foi recebida com grande entusiasmo, visto que, desde há muito tempo, a sociedade civil clamava por uma normatização que estabelecesse critérios para o financiamento de ações e projetos desenvolvimentos pelas organizações sem fins lucrativos, os quais permitissem que a participação da sociedade se desse de forma abrangente, transparente e isonômica. Um dos grandes avanços da nova lei é, justamente, permitir que as organizações possam pleitear recursos para projetos de iniciativa própria, **não se limitando a atuação a ações complementares ao estado.**

Desse modo, a lei nº 13.019 contribui para assegurar a relevância das organizações da sociedade civil para o processo democrático, contribui para o fortalecimento do tecido associativo e valoriza a existência de organizações autônomas, não subordinadas na sua atuação aos limites da exigência de complementariedade em relação a políticas governamentais.

Por isto, louvamos a publicação da lei, que garante a possibilidade de atender a segmentos da sociedade civil que não se propõem, apenas, a prestar serviços executando as políticas públicas, mas que atuam de forma igualmente importante na construção de novos direitos.

Contudo, é necessário aprimorar o texto, para que a aplicação da Lei nº 13.019, de 2014, não se torne um óbice aos avanços democráticos que observamos nos dias de hoje, no sentido de assegurar a continuidade e a prestação de serviços importantes e essenciais para a população, como os são aqueles das áreas de saúde, assistência social e educação.

Dada a natureza pública dos serviços ofertados pelas organizações que se dedicam a essas áreas de atuação, e a natureza continuada dos mesmos, que não podem sofrer descontinuidade, qualquer iniciativa para incrementar a melhoria da oferta, via repasse de recursos, merece e deve ser estimulada.

Há que se destacar que, de acordo com a Constituição Federal, esses serviços públicos são direito do cidadão e dever do Estado, não tendo o gestor público discricionariedade para prestar ou não o atendimento, e sendo-lhe facultado firmar parcerias com entidades sem fins lucrativos para a sua execução. Diante da relevância dessas instituições na composição das redes de proteção social, como, p.ex., os hospitais filantrópicos, as entidades de atendimento a crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, entendemos ser fundamental esta alteração.

Ao final dos trabalhos da Comissão Mista do Congresso Nacional, assim ficou decidido¹¹, quando então o inciso IV¹² do

artigo 3º recebeu sua redação final que viria a ser estampada na Lei de conversão da MP 684:

27/10/2015

CN-SACM - SERVIÇO DE APOIO COMISSÕES MISTAS-CN

Situação:

APROVADO PARECER NA COMISSÃO

Ação:

Nesta data é reaberta a 4ª reunião da Comissão.

O Deputado Eduardo Barbosa faz a leitura de complementação de voto. Na discussão da matéria o relator acata sugestões dos parlamentares membros da Comissão.

É aprovado o relatório do Deputado Eduardo Barbosa, que passa a constituir Parecer da Comissão, o qual conclui pela inadmissibilidade e rejeição das emendas nºs 007, 008, 009 e 039; pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da Medida Provisória nº 684, de 2015, e das demais emendas a ela apresentadas; no mérito: pela rejeição das emendas nºs 003, 004, 005, 011, 014, 015, 016, 017, 019, 046, 069, 084 e 121; **pela aprovação parcial das emendas nºs 002, 010, 012, 018, 029, 033, 035, 038, 042, 043, 045, 053, 066, 071, 072, 074, 075, 077, 080, 082, 083, 086, 091, 093, 094, 097, 098, 099, 103, 106, 107, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 123, 126, 128, 129, 130, 132, 133, 137, 139, 140 e 141; pela aprovação das emendas nºs 006, 013, 020, 021, 022, 023, 024, 025, 026, 027, 028, 030, 031, 032, 034, 036, 037, 040, 041, 044, 047, 048, 049, 050, 051, 052, 067, 068, 070, 073, 076, 078, 079, 081, 085, 087, 088, 089, 090, 092, 095, 096, 100, 101, 102, 104, 105, 108, 110, 111, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 127, 131, 134, 135, 136, 138, 142, 143, 144 e 152; e pela aprovação da Medida Provisória nº 684, de 2015, nos**

¹¹ <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/122463>

¹² IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição;

termos do projeto de lei de conversão que apresenta.

É aprovada ata da 4ª Reunião.
(Anexados: Lista de Presença, Complementações de Voto, Texto Final, Ofício nº 015/MPV-684/2015, Ata da 2ª reunião, com os respectivos apanhamentos taquigráficos, e Atas da 3ª e 4ª reuniões às fls. 505 a 600)
***** Retificado em
27/10/2015*****

Observa-se pela exposição de motivos das emendas que foram votadas, que a grande preocupação parlamentar era salvaguardar os serviços de saúde que eram realizados pelos particulares sem a necessidade de se submeter a um processo mas burocrático **de seleção por meio de chamamento público**, tal como previsto na Lei 13.019/2014, e que são objeto como já visto anteriormente, de contratação por meio de inexigibilidade de licitação, *ex vi* do art. 25 da Lei 8666/93 aplicável aos convênios por força do art. 116 da r. norma.

Neste diapasão, verifica-se que a redação original das propostas de Emendas parcialmente aprovadas, falava **em transferência** de recursos do SUS, o que claramente remete a uma ideia de procedimento menos burocrático, ao passo que a redação final constou expressamente “os convênios e contratos celebrados (...) nos termos do § 1º artigo 199 da CRFB/88”. Confira-se:

Redação das Emendas:

IV - Às **transferências de recursos destinadas à execução de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**” (Emendas 2, 12 e 33)

IV - às **transferências de recursos destinadas à execução de ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de**

Saúde - SUS e de atividades de natureza continuada de serviços integrantes do Sistema Único de Assistência Social –SUAS e da Educação, que prestem atendimento direto ao público e sejam previamente credenciadas pelo órgão gestor da política. (Emenda 93)

Redação aprovada:

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Redação da Lei nº 13.204, de 2015)

A lógica de transferência de recursos para entidades da iniciativa privada, que atua de forma complementar ao SUS é antiga e se dá hoje em dia, em regra, por meio de mero credenciamento daquelas entidades aptas a prestar o serviço.

A prestação de serviços de saúde à população por entidades privadas com repasses do Poder Público vem de longa data e com a edição da Lei do SUS em 1990, passou por um período de “**contratualização**”, pelo qual o poder público passou a formalizar relações jurídicas que não tinham sequer instrumento para regulá-las.

E isto sempre foi feito por meio de “repasses” e “transferências” às entidades privadas dentro de um “teto” que cada uma tinha para realizar tais serviços que posteriormente eram auditados para se avaliar se o valor repassado correspondia aos serviços prestados.

Daí esta expressão “transferências” contida nas aludidas emendas fazer sentido quando se fala dessa “atuação complementar” por entidades privadas. Entretanto, com este período de “contratualização”, que se iniciou com a CRFB/88 e se intensificou com a edição

da Lei do SUS, tecnicamente o correto é falar em contratos e convênios tal como dispõe o artigo 199 § 1º da CRFB/88 e por esse motivo, o teor final do dispositivo acabou tomando a redação acima, com citação expressa do dispositivo constitucional.

Sobre a “contratualização” com entidades privadas para prestarem serviços de forma complementar¹³, após a Constituição de 1988 e a edição da Lei 8.080/90:

*“Em 1993, o Ministério da Saúde publicou a Portaria GM/MS nº 1.286, de 26 de outubro de 1993, **normatizando a contratação de serviços de saúde por gestores do SUS, indicando as cláusulas que deveriam constar nos contratos de prestação de serviços de saúde, além de apresentar os respectivos modelos.***

A portaria acima mencionada “Estabeleceu critérios para a compra de serviços pelos gestores estaduais e municipais considerando o processo de descentralização desencadeado pela NOB- SUS 93¹⁴.

*Em 2006 foi editada a Portaria GM/MS nº 358, de 22 de fevereiro de 2006 que “Instituiu **diretrizes para contratação de serviços assistenciais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**” e revogou a portaria 1.286/1993. A seguir é publicada a Portaria GM/MS nº 3.277, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a **participação complementar** dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde e revoga a portaria GM/MS nº 358, de 22 de fevereiro de 2006.*

*Com a publicação da Portaria GM/MS nº 3.277, de 22 de dezembro de 2006, o Ministério da Saúde vislumbrou a necessidade de editar um dispositivo que estabelecesse diretrizes para subsidiar os gestores do SUS **na contratação dos serviços de saúde de forma***

complementar¹⁵. Dessa maneira foi publicado, em 2007, o Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde.

Com o intuito de implementar o processo de contratação dos serviços privados junto ao SUS foi publicada a Portaria GM/MS nº 1.034, de 05 de maio de 2010, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e revoga a portaria GM/MS nº 3.277, de 22 de fevereiro de 2006.

*Em 2008, a Política Nacional de Regulação do SUS instituída por meio da Portaria 1.559, enfatiza no eixo da Regulação da Atenção, dentre outras atribuições, “Fomentar e **apoiar a formalização do instrumento contratual com todos os estabelecimentos de saúde vinculados ao SUS**”. Sendo assim, com a publicação do Decreto 7.508/2011, que regulamentou a Lei Orgânica da Saúde 8.080/1990, onde é destacado e implementado processo da gestão regionalizada do SUS, a contratação dos serviços de saúde tomou uma importância ainda maior, com vistas a qualificar a assistência dispensada à população, de forma descentralizada, no âmbito das Regiões de Saúde.*

A legitimação da participação complementar das entidades privadas no SUS se reveste de importância na atividade assistencial, e deve ainda ser entendida como relevante mecanismo de gestão, controle e avaliação dos serviços contratados, conforme institui a Política Nacional de Regulação, na dimensão Regulação da Atenção.

*Cabe ressaltar, que **a celebração de vínculo formal entre gestores e prestadores de serviços de saúde apresenta dupla função**, a saber:*

¹³

https://wiki.saude.gov.br/contratacao/index.php/P%C3%A1gina_principal

¹⁴ Norma Operacional Básica, Portaria MS nº 545/93

¹⁵ Veja-se que a Lei 9637/98, que regulava os contratos de gestão já vigorava há cerca de 8 anos!

a) estabelecer uma **ferramenta formal** de compromisso entre as partes, no aspecto qualiquantitativo, e

b) assegurar a **legalidade dos repasses** dos recursos financeiros.

Para propiciar o atingimento dessas funções, as partes devem cumprir as regras fixadas na legislação pertinente às Licitações e aos Contratos Administrativos. Sendo assim, foi disponibilizado o novo Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde¹⁶ que substitui aquele editado em 2007, que traz orientações doutrinárias aplicáveis, normas gerais e especiais, e atos normativos expedidos pelo Ministério da Saúde, orientações gerais relativas à Contratação de Serviços no âmbito do SUS.

Conforme estabelecido na legislação vigente, **quando as disponibilidades de oferta de serviços próprios forem insuficientes para garantir o atendimento à população, o gestor de saúde poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, respeitando as competências que lhes são atribuídas pela lei, a legislação aplicável às licitações e os limites de seu território no planejamento de ações garantidoras da suficiência da assistência.**

Nas contratações complementares de serviços de saúde serão observados os princípios e as diretrizes do SUS, a necessidade de ampliação da oferta, assim como as pactuações, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial, além dos recursos financeiros disponíveis para a definição do objeto e do quantitativo a ser contratado; sendo assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos cabendo ao gestor, persistindo a necessidade quantitativa dos serviços

demandados, recorrer às entidades com fins lucrativos.

A previsão da necessidade de complementação de serviços deve constar do respectivo Plano de Saúde (Plano estadual de Saúde-PES ou Plano Municipal de Saúde-PMS), sendo detalhada na Programação Anual de Saúde (PAS), de forma clara e objetiva, os direitos e deveres de cada uma das partes. A partir do momento que é constatada a necessidade de complementação da rede de saúde deve ser observada a preferência que as entidades privadas sem fins lucrativos têm em participar do sistema de saúde (CF/88 – artigo 199 § 1º), e observado o que dispõe a Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016, a qual, atualmente, integra o Capítulo I, do Título VI da Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2017, com relação ao processo de contratação dos serviços de saúde.

A formalização jurídica por meio de contratos que contenham de forma clara os direitos e deveres de cada uma das partes representa ganhos para os gestores do SUS:

- Legitimação da transferência de recursos públicos para o setor privado;
- Utilização dos contratos como instrumento de regulação e avaliação dos resultados dos serviços prestados.

Para a efetiva participação dos serviços privados na Rede de Atenção à Saúde (RAS) são utilizados os seguintes instrumentos contratuais:

Convênio - ato firmado entre o ente público e a instituição privada sem fins lucrativos quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços à saúde;

Contrato Administrativo – ato firmado entre o ente público e a instituição privada quando o objeto for a compra de serviços de saúde;

Modelo do Documento Descritivo ou Plano Operativo - é o documento oficial na

16

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_saude.pdf

Observe-se que o Manual prevê como instrumentos contratuais a serem utilizados no SUS apenas o contrato administrativo e o convênio.

qual os responsáveis de uma organização ou entidade estabelece uma série de objetivos a cumprir. É a estratégia que indica o que se quer e quais são os passos a serem seguidos para alcançar uma meta pré-estabelecida.. É importante frisar que o instrumento contratual deve conter o que se denomina Documento Descritivo ou Plano Operativo Anual (POA).

Veja-se, portanto, que há todo um histórico nesta chamada “contratualização” de serviços públicos de saúde prestados de forma complementar ao SUS e que muito se diferem da lógica das normas que preveem a participação do terceiro setor por meio das Leis 9837/98, 9790/99 e 13019/2014.

Nesta senda, o **Decreto nº 7508/2011** que regulamentou a Lei do SUS, previu em seu artigo 16:

*Art. 16. No planejamento devem ser considerados os serviços e as ações prestados pela **iniciativa privada, de forma complementar ou não ao SUS**, os quais deverão compor os Mapas da Saúde regional, estadual e nacional.*

Aqui claramente se vislumbra que o Executivo entende pela possibilidade de se ter atuação da iniciativa privada de forma complementar – ou não – ao SUS, já sob a égide da Lei 9637/98, o que abre espaço para o entendimento de que a gestão compartilhada de unidades públicas não está inserida no conceito de “participação de forma complementar”, como se vem aqui defendendo.

Observe-se, de igual turno, que a Lei nº 9637/98 que definiu os contratos de gestão como instrumentos hábeis à celebração de ajustes entre o Poder Público e o terceiro setor para realização de uma série de atividades previu a criação do **Programa**

Nacional de Publicização, nos seguintes termos:

*Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o **Programa Nacional de Publicização - PNP**, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a **absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União**, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, **por organizações sociais**, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: [\(Regulamento\)](#)*

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente.

Neste sentido o Decreto 9.190/2017 que regulamentou o artigo 20 da Lei nº 9637/98 assim dispôs:

*Art. 1º O Programa Nacional de Publicização - PNP, **destinado à absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos da União pelas organizações sociais qualificadas** conforme o disposto na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e neste Decreto, será implementado de acordo com as seguintes diretrizes*

Fica, pois, evidente que este tipo de ajuste realizado sob a égide da Lei nº 9637/98 não se trata de uma atuação de “**forma complementar**”, **mas de absorção de atividades que são desenvolvidas por órgãos ou entidades públicas.**

Patente, pois, que a gestão compartilhada de unidades públicas de saúde por meio de contratos de gestão não se trata de uma “forma complementar” de atuação da iniciativa privada no SUS, eis que a atividade exercida poderia ser prestada pelo Poder

Público, que, **por escolha discricionária** optou por fazê-lo em parceria com o terceiro setor.

De mais a mais, a jurisprudência do TCU também aponta no sentido de “atuação de forma complementar ao SUS”, apenas nos casos em que o Poder Público não tem capacidade de fazê-lo integralmente,¹⁷:

*“A Administração **somente deve permitir a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde (SUS)**, segundo diretrizes deste, **quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir cobertura assistencial à população mediante contrato ou convênio**, observadas, a respeito, as normas de direito público e com a concessão de preferência a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos (art. 199 da Constituição Federal e artigos 24 e 25 da Lei 8080/1990) (Acórdão 2254/2008-Plenário – Ministro-Relator Aroldo Cedraz).”*

A Administração deve regularizar a prestação de serviços de saúde por estabelecimentos privados custeados com recursos oriundos do Fundo Nacional de Saúde (FNS, mediante prévia celebração de contrato, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º da Portaria GM/MS 1.034/2010, fazendo constar nos respectivos instrumentos as exigências relacionadas no art. 8º da citada Portaria (Acórdão 601/2013-Plenário – Ministro-Relator José Jorge).

*A Administração somente deve permitir a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde (SUS), segundo diretrizes deste, **quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir cobertura assistencial à população mediante contrato ou convênio**, observadas, a respeito, as normas de direito público e com a concessão de*

preferência a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos (art. 199 da Constituição Federal e artigos 24 e 25 da Lei 8080/1990) (Acórdão 2254/2008-Plenário – Ministro-Relator Aroldo Cedraz).”

Observe-se que esta lógica de utilização dos atores privados sempre se deu em caso de insuficiência na rede pública e a contratação se dá com fundamento legal na Lei nº 8666/93 (e agora na Lei nº 14.133/21), seja por meio de contratos com entidades com fins lucrativos, seja por meio de convênios com as entidades filantrópicas (art. 116 da Lei 8666/93) **e nunca com fundamento na Lei Federal** que regula os contratos de gestão e as organizações qualificadas como Oss, Lei nº 9.637/98, ou na Lei que trata das parcerias, Lei 9.790/99, ou no MROSC, **o que corrobora que tais normas não são aplicáveis quando se fala em atuação de forma complementar ao SUS.**

Desta feita, empreendendo-se uma interpretação histórica, seja pela análise do processo legislativo que originou a redação final do artigo 3º inciso IV do MROSC, seja pela evolução histórica da instrumentalização de serviços prestados pela iniciativa privada pelo SUS, consegue-se alcançar o real sentido da expressão da aludida norma: a vedação legal é para que não se aplique as exigências do MROSC no caso da atuação de forma complementar ao SUS por entidades privadas.

Destaque-se que o método histórico de interpretação encontra-se intimamente ligado a sentido da norma aos se buscar o contexto de sua edição e a análise do processo legislativo pelo qual se chegou à redação final da norma. Neste sentido, importante os ensinamentos do professor Paulo Bonavides¹⁸

¹⁷ <https://jus.com.br/artigos/87408/as-normas-que-regulam-a-contratualizacao-de-servicos-de-saude-no-sus>

¹⁸ Curso de Direito Constitucional 13ª ed. p. 446

que cinde a interpretação histórica com a teleológica:

Tocante ao método histórico-teleológico, é de ponderar em primeiro lugar que ele pressupõe um raciocínio que, tendo colocado já a proposição normativa o conjunto da ordem jurídica em relação com outras normas, busca lograr por essa via determinados fins de natureza integrativa, idôneos a esclarecer o sentido e alcance da regra. Em outras palavras: é possível, em determinados casos, passar do método lógico sistemático ao método histórico-teleológico, sem quebra de continuidade.

Por um de seus elementos – o histórico – o método traça a história da proposição legislativa, desse no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, como diz Bruckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurados da occasio legis.

II.3. Argumentos lançados no voto nº 525/2023 TCM e seus respectivos contrapontos

No voto do TCM ora analisado, em grande parte se encamparam os argumentos contidos no Parecer JMO nº 374/2023, exarado pela Procuradoria Especial do TCM, reproduzindo-o, em grande parte no seu bojo, motivo pelo qual se irá empreender, com a devida vênia, uma leitura crítica do aludido parecer, lançando-se os argumentos contrários àqueles que contam do aludido opinamento.

Vejamos ponto a ponto os argumentos.

II.3.1 DA IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA E PANORAMA LEGAL:

Inicialmente a D. Procuradoria Especial da Corte de Contas traça os aspectos jurídicos que permeiam a controvérsia, especialmente no que diz respeito à “participação de forma complementar” pelas instituições privadas no âmbito do Sistema único de Saúde, nos seguintes termos:

“A política de saúde e os serviços dela decorrentes são regidos pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal e por um conjunto de leis que lhes dão configuração técnico-administrativa bastante diferenciada dos demais setores públicos no tocante à sua organização e ao seu funcionamento. Seu principal marco legal é a Lei nº 8.080/1990, regulamentada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Na esteira da profícua análise elaborada pelo Corpo Instrutivo, é de se notar que desde o ano de 2021 o Município do Rio de Janeiro vem utilizando ostensivamente o termo de colaboração previsto na lei 13.019/2014 para a delegação de gestão compartilhada de hospitais e unidades de saúde que prestam atividades assistenciais, incluindo internações e serviços ambulatoriais.

Embora o Constituinte tenha idealizado um sistema de saúde predominantemente público, afirmando a universalidade do direito à saúde como uma obrigação estatal (art. 196) a ser implementada com o Sistema único de Saúde (SUS), de pronto reconhece que instituições privadas também poderão prestar serviços de saúde privados (art. 199, caput), bem como participar do Sistema único de Saúde em caráter complementar (art. 199 § 1º). Confira:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...)

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

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. **A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.**

A referida lei expressamente prevê que a participação complementar dos agentes privados no SUS se dará mediante contrato ou convênio de direito público, não especificando qualquer subespécie de instrumento jurídico para tanto. Com efeito, não poderia ser diferente, uma vez que em 1990, quando da edição da lei 8.080 sequer haviam sido editadas as leis que criaram as espécies de convênios que conhecemos hoje, como o contrato de gestão (Lei 9.637/98), termo de parceria (lei 9.790/99) ou o termo de colaboração (lei 13.019/14), existindo naquela época apenas a figura genérica do convênio.

Na ausência de maiores definições da lei, emerge a discussão entabulada neste processo acerca da aplicabilidade dos instrumentos jurídicos criados posteriormente à lei do SUS, em especial o termo de colaboração, diante de expressa previsão legal da 13.019/14 vedando-se sua aplicação à participação complementar dos serviços privados no SUS, a saber:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.

Como se extrai da norma, a própria lei exclui sua incidência aos ajustes envolvendo a participação complementar de serviços privados na assistência à saúde no SUS. **Contudo, a mesma legislação prevê em outros dois artigos disposições que**

sugerem a aplicação dos termos da lei a algumas ações de saúde. A saber:

Art. 30, VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, **saúde** e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Art. 84-C. Os benefícios previstos no art. 84-B serão conferidos às organizações da sociedade civil que apresentem entre seus objetivos sociais pelo menos uma das seguintes finalidades: IV - **promoção da saúde.**

Esta aparente contradição é usada pela Procuradoria Geral do Município, no já citado parecer, para defender a possibilidade de usar o termo de colaboração para a gestão compartilhada de serviços de saúde.

Segundo o parecer, a lei 13.019/14 seria inaplicável apenas nos casos em que a atuação do agente privado no SUS se qualificasse como “participação complementar no SUS”, o que não seria o caso dos ajustes envolvendo gestão compartilhada de unidades de saúde, que historicamente eram feitos mediante contrato de gestão, pois neles não haveria a insuficiência de disponibilidades relacionada à atuação complementar.” (Grifado)

Contraponto

A própria identificação do problema pelo parecer que embasou o entendimento do TCM - ao qual ora se contrapõe - já parte de uma premissa que, com a devida vênia, não se sustenta por meio de uma interpretação lógica e histórica da controvérsia posta.

Com efeito, ao analisar o parágrafo único do art. 24¹⁹ da Lei do SUS, o parecer da Procuradoria Especial do TCM assevera que

¹⁹ A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio

“a referida lei expressamente prevê que a participação complementar dos agentes privados no SUS se dará mediante contrato ou convênio de direito público, não especificando qualquer subespécie de instrumento jurídico para tanto. Com efeito, não poderia ser diferente, uma vez que em 1990, quando da edição da Lei 8.080 sequer haviam sido editadas as leis que criaram as espécies de convênios que conhecemos hoje, como o contrato de gestão (Lei 9.637/98), termo de parceria (Lei 9.790/99) ou o termo de colaboração (Lei 13.019/14), existindo naquela época apenas a figura genérica do convênio.”

A assertiva pode seduzir num primeiro momento, mas perde força ao se verificar que todas as normas infralegais posteriores à Lei nº 8080/90 editadas pelo SUS – como antes aqui já citado - e pelo Presidente (Decreto nº 7.508/2011) ao se referirem à “participação complementar” da iniciativa privada no SUS não falam uma linha sequer sobre as Leis 9.637/98 e 9.790/99. Pelo contrário, ao falar da participação de forma complementar no SUS pela iniciativa privada, sempre apontam a Lei nº 8666/93 como moldura legal para a participação da iniciativa privada de “forma complementar”.

De mais a mais o próprio conceito de contrato de gestão é entronizado no ordenamento jurídico no bojo do “Programa Nacional de Publicização”²⁰, previsto na Lei nº 9.637/98, em que se prevê o exercício de atividades realizadas originariamente pelo Poder Público por entidades do terceiro setor,

²⁰ Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o **Programa Nacional de Publicização - PNP**, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, **a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União**, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

nada que se aproxime da ideia de “participação complementar”.

Desta feita, a premissa adotada no parecer da Procuradoria Especial do TCM de que a atuação de forma complementar na iniciativa privada englobaria todas as possíveis relações jurídicas entabuladas pelo Poder Público com os atores privados pelo SUS (inclusive no caso de gestão compartilhada de unidades públicas), não se sustenta, com as devidas vênias.

II.3.2 - DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR AO SUS

Neste tópico, o parecer da Procuradoria do TCM assim se posiciona:

Com a devida vênia, a nosso ver, tal interpretação é equivocada, pois adota um conceito demasiado restrito do que seria a atuação complementar dos agentes privados no Sistema Único de Saúde. Isto porque, o citado parecer se apega a literalidade da lei 8.080/90, que menciona insuficiência de disponibilidades, para interpretar a atuação complementar dos agentes privados no SUS como sendo exclusivamente o credenciamento de prestadores para aumentar a disponibilidade de cobertura da rede.

Partindo da literalidade desse termo, o parecer cria um suposto conceito de atuação do agente privado no SUS em caráter “não complementar” no qual se enquadraria a gestão compartilhada de unidades de saúde, frequentemente implementadas mediante contratos de gestão. Assim, adotando essa premissa e o fato da lei 13.019/14 fazer menção a convênios acerca da “promoção da saúde”, a PGM/RJ conclui que gestor público poderia realizar esses ajustes envolvendo gestão compartilhada de unidades de saúde tanto por meio do contrato de gestão quanto por meio do termo de colaboração previsto no regime das organizações da sociedade civil.

*Entretanto, diferentemente do que sustenta o parecer, **inexiste tal dicotomia entre “atuação privada complementar no SUS versus atuação privada não complementar no SUS”.** Pelo contrário, toda atuação de agentes privados no SUS se dá em caráter complementar. É dizer, o Constituinte originário, ao prever a possibilidade de atuação de agentes privados em prol do recém-criado Sistema Único de Saúde denominou tal participação como “atuação complementar”, pois o desígnio constitucional concebeu um sistema predominantemente público, no qual os agentes privados atuavam apenas de forma complementar.*

Contraponto:

Em que pese o entendimento ora lançado do TCMRJ, consentâneo ao exarado pela Procuradoria daquela Corte de Contas, no sentido de que o Constituinte não criou qualquer distinção ou previu outra forma de atuação do agente privado no SUS diferente da atuação complementar, certo é que, como já visto, a participação complementar está regulamentada no artigo 24 da Lei nº 8.080/90 (Lei que regulamenta o SUS), a qual prescreve que:

Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

O artigo 24 da Lei nº 8080/90, portanto, ao se referir à participação complementar do

setor privado no SUS, aduz que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial da população”, o SUS poderá “recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.

Vai **ao** encontro da posição ora esposada o próprio artigo 16²¹ do Decreto nº 7508/2011 que admite expressamente a participação de iniciativa privada **de forma não complementar ao SUS**, como antes aqui apontado.

A ideia de complementariedade pela própria definição vocabular se entende como algo subsidiário: se o atendimento à saúde não foi atendido de forma primária pelo Poder Público, pode ser atendido pela iniciativa privada conforme regramento de regência. Desta feita, a ideia de gestão compartilhada de unidades próprias ofende o conceito de complementar, eis que neste caso é prestado a quatro mãos pelo poder público e pelo parceiro privado.

Se é certo que texto e norma não se confundem, sendo as normas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos²², há “*traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem*”²³

Neste sentido, Wittgenstein lembra (algo que deveria ser óbvio) que há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Já Heidegger menciona que há estruturas de compreensão existentes de antemão ou a priori, que

²¹ Art. 16. No planejamento devem ser considerados os serviços e as ações prestados pela iniciativa privada, **de forma complementar ou não ao SUS**, os quais deverão compor os Mapas da Saúde regional, estadual e nacional.

²² Humberto Ávila. Teoria dos Princípios, 3ª ed., p.22

²³ Ibidem, p. 24.

permitem a compreensão mínima de cada sentido sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem²⁴.

Desta feita, pode-se afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois” apresentam significados que não precisam a cada nova situação ser fundamentados.

Conforme norma basilar de hermenêutica, revisitada pelo E. Supremo Tribunal Federal: **“Onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para adotar óptica que acabe por prejudicar aquele a quem o preceito visa a proteger”** (RE 547.900Agr/MG, rel. Min. Marco Aurélio).

Neste escopo, há que se compreender que a complementariedade busca serviços particulares a partir da insuficiência daqueles prestados pela rede pública.

Assim, não há como se entender que a gestão compartilhada em unidades próprias possa ser entendida como algo complementar sem se ofender o sentido básico do vocábulo “complementar”: o que já é feito pelo Poder Público não pode ser algo complementar. Complementar indica a ideia de acréscimo, de complemento. Segundo o dicionário Caldas Aulete²⁵:

“1. Dar ou receber complemento; completar(-se), inclusive reciprocamente; concluir(-se); acrescentar algo como complemento a; servir de complemento para”

Destarte, não se pode entender como “complementar” algo que seria prestado em unidades públicas, seja diretamente, seja por meio de terceiros da iniciativa privada.

Nesta senda, a atuação privada “de forma não complementar” teria embasamento na Lei nº 9.637/98, na Lei nº 9.790/99 ou na Lei nº 13.019/2014, cabendo ao gestor verificar qual seria a mais adequada para o caso concreto.

De igual turno, neste caso de atuação de forma não complementar teria como fundamento constitucional não o § 1º do artigo 199, mas sim o artigo 197:

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

II.3.2.1 DA AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DIREITO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Não obstante o entendimento lançado pela Corte de Contas trazer à baila alguns julgados do Supremo Tribunal Federal em que são citadas as expressões “forma complementar”, “saúde complementar” (RE 666.094-DF e ADIN 1.923), ao se referir ao Sistema Único de Saúde, fato é que o próprio parecer da Procuradoria do TCM deixa claro que **“foco do julgamento não ser especificamente o conceito de complementariedade no SUS”**.

Contraponto:

A discussão que se operou no STF no julgamento da ADI 1.923 não enfrentou nem de perto a questão ora posta. Como citado no aludido parecer na decisão proferida pelo STF, o relator Ayres Brito assim vaticinou *“A Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é*

²⁴ Ibidem, p. 24.

²⁵ <https://www.aulete.com.br/complementar>

expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde.”

Ora, conforme citação da própria Procuradoria do TCM, o STF reconhece que pode haver uma prestação por meio de fomento, que, **s.m.j.**, não seria direta e nem complementar, o que vai **ao** encontro do que ora se defente.

De igual turno, o julgamento do RE 666.094-DF, para além de não tratar especificamente do tema que ora se discute, parece ir no sentido do entendimento ora albergado por este signatário, ao dizer que “*os hospitais privados podem, se assim desejarem alinhar-se ao sistema público de saúde, celebrando um convênio, um ato negocial. É o que consta do art.199 § 1º da Constituição*”.

Ora, é justamente esta a tese esposada: o hospital privado – que já existe e tem instalações próprias que não se confundem com aquelas das unidades públicas - ao se associar ao SUS e prestar serviços à população, o estará fazendo de forma complementar ao SUS nos exatos ditames do artigo 199 § 1º da CRFB/88.

Assim, os citados julgados do STF que versam sobre o tema buscam uma diferenciação entre atuação complementar e suplementar do particular no âmbito do SUS e não adentram na temática da gestão compartilhada da saúde, senão vejamos:

“A Constituição admite duas modalidades de execução de serviços de saúde por agentes privados: a complementar e a suplementar. A saúde complementar designa ações e serviços de saúde que a entidade privada pratica mediante convênio com o Poder Público, sujeitando-se, consequentemente, às regras do SUS. Já a saúde suplementar, por sua vez, abrange atividades de profissionais de saúde, clínicas, hospitais particulares e operadoras de

planos de saúde que não têm relação negocial com o Poder Público, sujeitando-se, apenas, à regulação da Agência Nacional de Saúde. (STF, Recurso Extraordinário 666.094-DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 30/09/2021). (Grifado)

Haveria, por conseguinte, uma relação de **gênero** entre a atuação dos particulares na área de saúde vinculada ao SUS e **espécies** compreendendo (i) a atuação dos particulares na área de saúde em atuação complementar ao SUS (art. 199 § 1º da CRFB/88 e artigo 24 do SUS) e (ii) a atuação através de terceiros ou de forma “não complementar ao SUS” (art. 197 da CRFB/88, art. 20 da Lei 9637/98 e art. 16 do Decreto nº 7.508/2011, MROSC e Lei 9790/99).

Ficariam, pois, fora da aplicação da Lei 13.019/2014, apenas as hipóteses de prestação de serviços de saúde por meio de entidades privadas, quando estas se derem “**de forma complementar**” ao SUS (art. 3º inciso IV), nos exatos termos da Lei nº 8.080/90 e Portarias do Ministério da Saúde que regulamentam tal atuação de forma complementar.

Assim, **até o presente momento**, não se tem notícia de qualquer decisão específica do STF a respeito da aplicabilidade - ou não - dos ditames consagrados pela Lei nº 13.019/14 no âmbito de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada no âmbito do SUS, tal como ora se defende.

III.3.3 DA PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR À LUZ DA LEI 8080/90

Apesar de o tema ter sido já exaustivamente tratado, por amor ao debate, prossegue-se na análise dos demais pontos lançados no parecer da Procuradoria Especial

do TCM encampados pela decisão contra a qual ora se insurge.

Vejamos.

De todo modo, poder-se-ia argumentar, ainda, que a lei criadora do Sistema Único de Saúde 8.080/90 teria limitado o conceito constitucional de participação complementar, restringindo a casos de insuficiência de disponibilidade nos termos do art. 24:

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

Prima facie, tal argumento já demonstra sua fragilidade por pretender criar uma dicotomia que, além de não ter base constitucional, sequer encontraria ressonância na lei 8.080/90. Isso porque, a lei do SUS segue a mesma estrutura da Constituição ao separar apenas duas hipóteses de prestação de serviços médicos pelos agentes privados: a saúde suplementar nos arts. 20 a 23 e a atuação complementar no art. 24 a 26.

Com efeito, o próprio legislador criou o TÍTULO III na lei para regular a atuação dos agentes privados na saúde, subdividindo-os em apenas dois capítulos: o I no qual versa sobre a saúde suplementar (atuação privada em caráter privado) e o capítulo II que regular a saúde complementar. Vale conferir:

Ora, quisesse o legislador prever uma terceira forma de atuação na saúde, no qual o agente privado atuaria no SUS, porém não de forma complementar, ele teria criado um capítulo próprio para tanto, bem como artigos regulando tal atuação “não complementar” junto ao SUS. Contudo, é cediço que não há qualquer

previsão legal desse terceiro gênero no qual pretende a PGM/RJ encaixar a gestão compartilhada de unidades de saúde.

CONTRAPONTO:

Como o próprio parecerista reconhece em outra passagem, a Lei do SUS data de 1990 e, como antes aqui asseverado as leis que permitem a prestação de serviços pelo SUS de forma “não complementar” são de 1998 (Lei 9637). 1999 (Lei 9.790) e 2014 (Lei 13.019).

De mais a mais, há, como já sublinhado, a previsão do artigo 197 da CR abarca o entendimento ora esposado de que a gestão compartilhada de unidades públicas não se trata de atuação de “forma complementar”.

E o próprio Decreto 7508/2011 que regulamento a Lei 8080/90, fala em atuação “complementar ou não” ao SUS (art. 16)

E prossegue o parecer:

Assim, da interpretação sistemática da lei, conclui-se que o termo “insuficiência de disponibilidade” não trata de uma das hipóteses na qual os agentes privados podem atuar no SUS, mas é, na verdade, um requisito legal para a atuação complementar. Conclui-se, portanto, que fiar-se à literalidade da norma como é feito no parecer da PGM/RJ implicaria na ilegalidade de qualquer participação de agentes privados quando o poder público tem disponibilidade para garantir a cobertura para a população o que, na argumentação do próprio parecer da PGM, levaria à inadmissibilidade da gestão compartilhada de unidades de saúde em qualquer caso, seja por contrato de gestão, seja por termo de colaboração.

CONTRAPONTO:

Aqui, com as máximas vênias, discorda-se da assertiva em “gênero, número e grau”.

A insuficiência de disponibilidades, tal qual dispõe o artigo 24 da Lei do SUS, é requisito para a “atuação de forma complementar” ao SUS pela iniciativa privada na forma do art. 199§ 1º da CR, ao passo que os fundamentos para a gestão compartilhada de unidades públicas por particulares podem ser extraídos:

- (i) do disposto no art. 197 da Constituição, quando preleciona que as ações e serviços de saúde devem ter sua execução realizada “diretamente ou através de terceiros” – e até mesmo do art. 199 caput da CR²⁶; e
- (ii) das próprias normas posteriores que disciplinaram ajustes com a iniciativa privada, a saber: Lei 9637/98, 9790/99 e 13.019/2014.

Como diria Konrad Hesse²⁷, a Constituição conforma a realidade e é por ela conformada, uma vez que ao mesmo tempo que serve de norma cogente, bem como de padrão informativo de interpretação das normas infraconstitucionais, não fica engessada no tempo, à medida que a sociedade vai se transformando e surgem novos valores, novas exigências vão se formando na realidade cambiante.

Se o legislador houve por bem, **posteriormente**, criar instrumentos que possibilitariam a gestão compartilhada de unidades públicas e se a interpretação da norma que se extrai dos artigos constitucionais citados permite tal exegese a se prestigiar o princípio da eficiência, na medida em que se entendeu que esta gestão

compartilhada em alguns caso poderia trazer melhores resultados à prestação dos serviços, **não há por que não se empreender esta exegese.**

Lembre-se que o princípio da eficiência foi inserido no artigo 37 da CRFB por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998, no bojo da reforma do Estado levado a cabo pelo Presidente Fernando Henrique, capitaneada pelo Min. Bresser Pereira.

II.3.4 DA VEDAÇÃO DA LEI 13.019/14 E FALSA CONTRADIÇÃO

Neste tópico destacamos os seguintes trechos do parecer da Procuradoria Geral do TCM:

Após exaustiva análise do conceito de “participação complementar” no SUS, cumpre analisar a vedação da lei 13.019/14. Dispõe a norma que:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.

Como vimos, o conceito de atuação complementar abrange toda instituição privada que está atuando na assistência à saúde em prol do SUS mediante convênio ou contrato. A norma acima, então, fatalmente excluiria qualquer ajuste envolvendo atuação na cobertura do Sistema Único de Saúde, seja o credenciamento de médicos e clínicas particulares, seja a delegação da gestão compartilhada de um hospital público em sua integralidade.

A PGM/RJ, todavia, argumenta que a legislação prevê em outros dois artigos disposições que sugerem a aplicação dos termos da lei à algumas ações de saúde e, por isso, dever-se-ia interpretar a norma para admitir termos de colaboração com entidades que atuassem na saúde de forma “não complementar” ao SUS.

²⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²⁷ HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 75.

De fato, a lei admite sua aplicação para eventuais colaborações na área de saúde que não sejam ligadas diretamente à atuação complementar ao SUS, porém o parecer desvirtua o que seria esse tipo de atuação.

O parecer PG/PADM/C/030/2021/CR quer fazer crer que a lei 13.019/14 vedaria a utilização dos seus instrumentos para um simples credenciamento de um médico em uma pequena cidade do interior, mas admitiria uma delegação de um complexo hospitalar com centenas de médicos e profissionais da saúde que consome mais de um bilhão em recursos anualmente, tal como pactuado até então em contratos de gestão. Tal conclusão por si só já ofende à intuição e lógica jurídica: porque a parceria mais simplória credenciando um único médico seria vedada enquanto a mais complexa permitida? Não há coerência na exegese adotada.

CONTRAPONTO:

Nesta quadra, o comentário à Manifestação Técnica **PG/PADM/C/030/2021/CR**, guarda, parafraseando Marcio Moreira Alves, relação distante e cerimoniosa com o contido no opinamento da PGM.

De fato, como já exaustivamente lançado – pelo que se pede escusas ao leitor – o credenciamento de um médico em uma pequena cidade do interior²⁸ **não** pode ser feito por meio da Lei 13.019/14, por conta da vedação do art. 3º, inciso IV, **mas poderá ser feito** por meio do credenciamento que se fazia para hipóteses em que todos aqueles que cumprissem os requisitos legais possam se habilitar à prestação do serviço, com base na Lei 8.666/93 (arts. 25 e 116), agora

explicitamente erigido a “instrumento auxiliar”, conforme artigo 79 da Nova Lei de Licitações (art. 79²⁹).

Por outro lado, a instrumentalização de relação jurídica com entidade de terceiro setor para gestão de “complexo” hospital público seria permitida pela Lei 13.019/2014, como já antes alinhavado, como poderia também, em tese, ser permitida por meio de contrato de gestão previsto na Lei 9637/1998 ou sua correspondente no âmbito dos demais Entes. Tais normas tem mais minudência para instrumentos de grande monta, maiores controles, maior detalhamento normativo a dar mais segurança jurídica a todos os envolvidos.

E isto se dá por um motivo muito simples: a lógica de gestão da atuação complementar é de se permitir que haja escolha pelo usuário de qual prestador irá utilizar: o mais próximo, o que melhor preste o serviço. As normas que tratam da atuação de forma complementar, falam sempre sobre credenciamento. Não há em tese competição entre os atores privados interessados. Preenchendo os requisitos, serão credenciados para prestar os serviços de saúde. É um procedimento bem mais simples.

De forma diversa, para que haja a gestão de unidade pública pela iniciativa privada, necessária é a seleção de uma melhor proposta que será instrumentalizada por um dos ajustes previstos na legislação própria, contrato de gestão, termo de colaboração/fomento ou termo de parceria, a

²⁹ Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

²⁸ Clássico exemplo de uma atuação de forma complementar ao SUS

ser escolhido pelo Gestor de acordo com decisão motivada.

II.3.5 DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA TRIBUNAL DE CONTAS IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR A LEI 13.019/14 NA GESTÃO COMPARTILHADA

Por fim, o parecer se escuda em decisão do TCMBBA e do TCU que peremptoriamente apontam pela impossibilidade de se aplicar a Lei nº 13.019/2014:

*Por fim, reforçando toda a construção dos tópicos anteriores, é curial reconhecer que o Tribunal de Contas da União já se posicionou expressamente sobre a matéria no mesmo sentido que este parecer, isto é, pela impossibilidade de aplicar-se a lei 13.019/14 para fomentar a gestão compartilhada na saúde, sendo tal delegação reservada à contratos de gestão. Confira: **Cumprir observar que a Lei 13.019/2014 não pode ser aplicada aos ajustes cujo objeto envolva parceria e fomento à atuação do setor privado sem fins lucrativos para a prestação de serviços de caráter complementar no SUS. Isso porque seu art. 3º, inciso IV explicitamente estatui que as exigências daquele normativo não se aplicam aos convênios e contratos que sejam celebrados com entidades sem fins lucrativos e filantrópicas nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal/1988. (TCU, Acórdão 1786/2022 – Plenário)***

Nesta mesma decisão, o TCU deixou claro que o fomento dessas atividades próprias da saúde complementar deve ser realizado via contrato de gestão, com a aplicação da lei 9637/98, a saber:

Nada obstante, deve-se dar, de imediato, ciência ao município de Paracambi/RJ de que a Lei 13.019/2014 não pode ser aplicada aos ajustes cujo objeto envolva parceria e fomento à atuação do setor privado sem fins lucrativos para a prestação de serviços de caráter complementar no SUS, cuja norma de

regência é a Lei 9.637/1998, sendo o contrato de gestão a única forma de se firmar a parceria entre organizações sociais e o setor público. (TCU, Acórdão 1786/2022 – Plenário)

Também o TCM/BA ostensivamente refutou a aplicação da lei 13.019/2014 à ajustes nitidamente complementares ao SUS, tal como internações e serviços ambulatoriais, que inexoravelmente são prestadas no âmbito da gestão compartilhada. Vale conferir o entendimento daquele Tribunal:

Diante deste arcabouço legislativo, reafirma-se mais uma vez, que a Lei nº 13.019/2014 não se aplica aos ajustes firmados com OSC que prestam serviços de internações e ambulatoriais, em complementaridade ao SUS. Veja-se que a aplicabilidade do citado diploma legal depende essencialmente da natureza e do objeto do ajuste, além do tipo de atuação que a OSC desempenhará na parceria. Com isto, se a OSC presta serviços assistenciais na área de saúde, como internações e atendimentos ambulatoriais, cabem os convênios e contratos, conforme já disposto acima, afastando-se o regime da Lei nº 13.019/2014, já que, nestas circunstâncias, ela atua em complementação aos SUS. (TCM/BA, Processo nº 18840e20, 2020)

Tais entendimentos são reforçados pela constatação de diversos estudos e manuais do próprio governo federal que em nenhum momento preveem o uso de termo de colaboração ou outros instrumentos da lei 13.019/14 para ajustes relacionados a saúde complementar no SUS. Confira:

Portanto, o convênio, o contrato de gestão e o termo de parceria são três institutos administrativos possíveis dentro do ordenamento jurídico nacional, à disposição do gestor público de saúde, quando esse optar pela celebração de parceria com entidades civis sem fins lucrativos para complementar os serviços oferecidos pela rede pública de saúde, conforme autorizado no §1º do art. 199 da Constituição Federal.

(Estudo Da Aplicação Do Novo Marco Regulatório Das Organizações Da Sociedade Civil No Âmbito Do Sistema Único De Saúde, p. 56)

Vale notar que a indicação do entendimento do Tribunal de Contas da União expressamente se posicionando contra o uso da lei 13.019/14 em atividades do Sistema Único de Saúde não é um mero argumento de reforço, mas sim um importante alerta para os entes federativos que pretendam utilizar tal norma no âmbito do SUS. Isso porque, conforme bem ressaltado pelo Corpo Instrutivo, o TCU tem competência para fiscalizar gastos na saúde decorrente do repasse de verbas federais de modo que poderia haver prejuízo a tal repasse caso a aplicação dos recursos se der de forma reconhecida como ilegal pelo TCU.

Contraponto:

Em primeiro lugar, há que se destacar que as decisões dos aludidos Tribunais não são vinculantes ao Município.

Em segundo lugar, que pese os argumentos lançados, vislumbra-se que, nem de perto, os argumentos ora lançados foram tratados nas aludidas decisões.

Detendo-se especificamente na decisão do TCU (Acórdão 1786/2022-Plen, processo TCU nº 007.949/2022-7) é de se pontuar que se originou de “representação sobre de possíveis irregularidades ocorridas no pregão 10/2021, do município de Paracambi/RJ, para contratação de empresa especializada para a prestação de serviços nas unidades de saúde e básicas de saúde, vigilância epidemiológica, sanitária, ambiental, zoonoses, centro de imagem, hospital e maternidade, unidades ambulatoriais de referência secundária e unidades de atenção à saúde mental”.

Tendo em vista que a matéria estava sendo analisada pelo TCE-RJ, deixou-se de

opinar sobre o mérito, mas acabou por tratar de forma *obiter dictum* sobre a inaplicabilidade da Lei 13.019/2014 para a referida situação fática. Confira-se:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os art. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, sem opinar sobre seu mérito;

9.2. remeter cópia integral dos presentes autos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro a fim de subsidiar a análise do Processo TCE-RJ 207.269-3/22;

9.3. dar ciência ao município de Paracambi/RJ de que a Lei 13.019/2014 não pode ser aplicada aos ajustes cujo objeto envolva parceria e fomento à atuação do setor privado sem fins lucrativos para a prestação de serviços de caráter complementar no SUS, cuja norma de regência é a Lei 9.637/1998, sendo o contrato de gestão a única forma de se firmar a parceria entre organizações sociais e o setor público;

Analisando-se o acórdão, vislumbra-se de igual turno que as questões ora levantadas não foram tratadas na decisão mormente em se considerando que a aplicabilidade da Lei nº 7 13.019/2014 não era o escopo principal do julgamento.

Desta forma, com a devida vênia, a referida decisão, em que pese refletir um entendimento emanado pelo plenário do TCU, não levou em conta os argumentos ora lançados, motivo pelo qual se entende que deva o tema ser revisitado.

III – CONCLUSÃO

Analisando-se os termos da Lei 13.019/2014 – MROSC, Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – não se vislumbra qualquer incompatibilidade com sua aplicação para regular as relações jurídicas a serem entabuladas entre o Poder Público e os particulares no âmbito de prestações de serviços públicos de saúde em unidades próprias da rede pública.

Pelo contrário. A norma traz a regra da obrigatoriedade de processo seletivo público para a escolha do parceiro privado por meio de chamamento público (arts.23 e 24) delimita os requisitos básicos para a o edital de chamamento (art. 24 § 1º), traça contornos sobre o julgamento das propostas (arts.27/28), traz normas sobre transparência e controle (arts.10/12) prevê hipóteses legais para dispensa (arts. 29/30) e inexigibilidade (art.31) de chamamento, traça diretrizes para a prestação de contas (artigos 63 e seguintes), dentre uma série de outros requisitos que trazem maior segurança jurídica para os ajustes.

Assim como as duas outras normas que tratam das relações jurídicas entre entidades do terceiro setor e o Poder Público por meio de ajustes com natureza jurídica de convênio – Lei 9.637/98 e Lei 9.790/99 – constitui mais uma hipótese legal à escolha do gestor que de forma fundamentada opta por escolher um dos regramentos para entabular o liame com o particular em colaboração para prestação de serviços públicos.

Tal entendimento está em consonância com o princípio da eficiência, eis que, dadas as circunstâncias fáticas, a utilização de um ou outro instrumento terá vantagens e desvantagens a serem oportunamente aquilatadas pelo Gestor na tomada de decisão.

Não há, pois, teleologicamente falando, como se vedar a possibilidade de aplicação do MROSC às relações jurídicas que podem ser instauradas entre o Poder Público e o terceiro setor para gestão de unidades próprias de saúde, na medida em que a interpretação da norma que se extrai do 3º inciso IV da referida lei não pode ser feita de forma ampliativa em confronto com o princípio da eficiência.

Se há múltiplas possibilidades para o gestor celebrar um ajuste com o particular, cada qual com suas vantagens e desvantagens, privar o gestor de uma delas por meio de uma interpretação que não encontra alicerces nos tradicionais métodos de interpretação das normas – gramatical, sistemático, teleológico e histórico – é manietá-lo em suas legítimas escolhas, é atentar contra a eficiência, é, em última análise, privar a população da prestação de um serviço público adequado.

São por todos estes motivos que opino pela manutenção do entendimento da PGM lançado na Manifestação Técnica PG/PADM/C/030/2021/CR que concluiu pela possibilidade de aplicação da Lei nº 13.019/2014 às relações jurídicas entabuladas entre o Município e as entidades do terceiro setor para gestão compartilhada de unidades próprias de saúde pública.

Ao Sr. Procurador-Geral do Município, *sub censura*.

CARLOS RAPOSO

Subprocurador-Geral de Consultoria
Mat. 11/221.206-6 -- OAB/RJ 113.571