

## DIREITO À SAÚDE E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Flavio Kiyoshi Yamauchi <sup>1</sup>

### RESUMO

A saúde pública vem sendo muito contestada pela população, sendo um problema cada vez mais crescente no cotidiano do cidadão e para o gestor público. Desta forma, se procura uma solução que se adeque ao cenário atual, em busca de uma melhoria no setor público. Na proposta atual, se acredita que a delegação da titularidade da prestação do serviço público seja a forma mais viável de melhoria e modernização do setor, na sua forma de prestação de serviço, uma vez que, a prestação seria delegada para o ente privado, em forma de Parceria Público-Privada, uma modalidade de concessão. Neste sentido, propõe-se aplicar a Parceria Público-Privada, na forma de concessão administrativa, para gestão do serviço público de saúde, um modelo de descentralização.

**Palavras-chave:** Saúde Pública. Parceria Público-Privada. Delegação. Descentralização. Serviços Públicos.

### 1 INTRODUÇÃO

Com a constituição de 1988, veio uma das maiores inovações da história do federalismo, o federalismo tricotômico, o qual reconheceu os municípios como entes federados, fazendo com que se juntasse a União e os Estados como entes federados. Outra grande inovação da Constituição de 1988 foram os direitos fundamentais e aplicabilidade imediata destes direitos.

De acordo com Bullos (2010, p. 521)

Direitos Fundamentais são os conjuntos de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Os direitos Fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc. (BULLOS, 2010, p. 522)

<sup>1</sup> Graduando em Direito. Faculdade Cesusc. Endereço eletrônico para contato: flavio.yamauchi@gmail.com

Neste caso, quando falamos de direito à saúde, tratamos de um direito fundamental descrito no art.6 da Constituição Federal:

Art. 5 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Desta forma o direito à saúde está elencado como direito social, portanto sempre devemos olhar a saúde como direito fundamental, conforme os trechos supracitados podemos tratar a saúde como direito fundamental e não uma garantia, pois a saúde deve ser assegurada, por tratar-se de um direito e não de uma garantia.

Com isso, veio o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal:

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.

Isto se dá de tal forma que houve uma inovação na prestação de saúde por parte do Estado, o SUS (Sistema Único De Saúde) que até então era inédito para o Brasil, pois nunca antes havia criado tal programa para atendimentos em massa para demanda da população brasileira. Então vejamos, a constituição propriamente assegura o direito a saúde e por meio de cláusula pétrea, o qual este sempre será um direito do cidadão e que sempre será dever do Estado em prestá-la para a população.

Quando tratamos de Direito à Saúde, nós estamos diretamente lidando com serviço público, por tratar-se de um direito difuso e da coletividade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de serviço público é:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso De Direito Administrativo, 30ª Edição, São Paulo, ed. Malheiros, 2012. p.687)

Desta forma a saúde pública é um serviço público um interesse da coletividade, de forma que, não só abrange a população como o Estado por ser um dos serviços mais importantes, hoje do modelo estatal.

Interessante destacarmos, que, a saúde não é única e exclusivamente prestada pelo ente público, existem diversas maneiras de prestação de saúde, como, por exemplo, os

planos de saúde, prestados pelas entidades privadas. Uma forma de prestação de saúde, mas não um serviço público; pois nestes casos, não existe a prestação do ente público.

Portanto, a saúde pública não é monopolizada pelo Estado, agora, quando tratamos de Saúde Pública, estamos tratando de serviço público essencial, de modo que, existe o ente público na relação entre usuário e prestador.

Iremos além, para Marçal Justen Filho, o serviço público é uma atividade, vejamos:

“O serviço público é uma atividade, o que significa a necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem estruturas organizacionais não existe serviço público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.731)

Ao aplicarmos o ensinamento de Marçal Justen Filho, na área da saúde pública, o serviço público de saúde é uma atividade, que para se configurar, necessita de uma estrutura, onde entram os hospitais, os postos de saúde, entre outros; quanto a estrutura humana, são os médicos, enfermeiras, etc., ou seja sem essas estruturas não existe serviço público.

Quando tratamos de serviço público, devemos dispor também sobre a descentralização, uma forma de concessão, que ente público delega sua atividade para outro ente, seja ele público ou privado, da administração direta ou indireta.

Marçal Justen Filho, por sua vez, trata esta modalidade, como Concessão-descentralização, vejamos:

“Nos casos em que o ente estatal responsável pela prestação do serviço era titular de personalidade jurídica própria, surgiu o costume de qualifica-lo como concessionário.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 767)

No caso supracitado Marçal Justen Filho, denomina o delegado o novo prestador, como concessionário, no que se entende como concessão.

Ao tratarmos de Direito à Saúde, tratamos de Concessão especial, a PPP, a forma mais viável de conceder a prestação do serviço público de saúde.

Sendo assim, o método de concessão de serviços públicos por meio das parcerias público-privadas é uma das mais recentes ferramentas para delegação das atribuições estatais, servindo como uma ferramenta para tentar suprir a incapacidade financeira para investimentos em setores que exijam grande volume de capital, possibilitando a continuidade da expansão e garantia da prestação dos serviços que o Estado se dispõe constitucionalmente a oferecer.

Quando tratarmos de Parceria Público-Privada (PPP), se trata da Lei nº 11.079/04, que regulamentou as PPP's no Brasil.

Em seu artigo 1º, vejamos:

Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mais um regime de parceria, trazido pelo nosso ordenamento jurídico, tema do presente estudo, um regime muito utilizado nos tempos atuais pelo Brasil.

Subsequente, vejamos o artigo 2º:

Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1 Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2 Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3 Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Neste sentido, define José dos Santos Carvalho Filho, que:

“Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob o regime de parceria público-privada ser conceituado como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.” (CARVALHO FILHO, José Dos Santos, Manual De Direito Administrativo – 30ª Edição, São Paulo, ed. Atlas, 2017. p.453)

Mais uma maneira, em que o Estado, devido a sua deficiência na prestação de serviços, buscou e implantou para melhoria da prestação, e novamente, em forma de delegação.

Com a referida Lei de parceria público-privada, Celso Antônio Bandeira de Mello, define como:

“De acordo com a citada lei, a parceria “é contrato administrativo de concessão” efetuado ou na modalidade “patrocinada ou na modalidade “administrativa.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso De Direito Administrativo, 30ª Edição, São Paulo, ed. Malheiros, 2012. p. 789)

Na aplicação no Direito à Saúde, devemos aplicar a concessão administrativa, como bem define Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quando se tratar de formas de gestão que impliquem a delegação da entidade privada, alguns critérios devem ser levados em consideração:

c) para os serviços sociais, são possíveis os contratos de gestão com as organizações sociais e a concessão administrativa;” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119)

No entendimento de José Dos Santos Carvalho Filho, tão bem define o conceito de concessão administrativa, neste sentido:

“A segunda modalidade é a concessão administrativa, assim considera a prestação de serviço “de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º §2º). Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. (CARVALHO FILHO, José Dos Santos, Manual De Direito Administrativo – 30ª Edição, São Paulo, ed. Atlas, 2017. p. 454)”

Neste sentido, não temos impedimentos para aplicar a Parceria Público-Privada no âmbito da prestação do serviço público de saúde, eis que, não haverá qualquer contraprestação pecuniária por parte do usuário, a única contraprestação será do Poder Concedente.

Uma das vantagens para escolha desta gestão é a rapidez do processo de gestão e execução do serviço, uma vez que pode-se realizar um único processo licitatório para construção, gestão e execução do serviço público.

Seria uma forma de modernização da gestão pública, uma das vantagens trazidas pela Lei n. 11.079/04.

## CONCLUSÃO

O presente artigo científico abordou a descentralização do serviço público de saúde para a delegação da prestação de serviço público ao ente privado na forma de PPP.

Por fim, conclui-se que a aplicação de Parceria Público-Privada, é uma forma do Estado se modernizar em sua gestão, uma maneira encontrada para solucionar os problemas enfrentados na área da saúde pública.

Sua constitucionalidade é clara no nosso ordenamento jurídico, sem restrições para tal aplicação, e o processo de parceria seria uma forma de desafogar a máquina pública, transferindo a titularidade da prestação do serviço público, para que o ente privado a exerça de forma indireta, com uma contraprestação do ente público, o que não afetaria em absolutamente nada para o usuário.

Nesta modalidade, concessão administrativa, um modelo de gestão por parte do ente privado em realizar obras, manutenções, ampliações, modernizações, compra de equipamentos, atendimento, limpeza, segurança, prestar o serviço diretamente ao usuário em nome do poder público.

## REFERÊNCIAS

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso De Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos, **Manual De Direito Administrativo – 30ª Edição**, São Paulo, ed. Atlas, 2017

CRETELLA JÚNIOR, José, **Comentários à Constituição de 1988**, vol. III, 1989, ed. Forense Universitária, São Paulo.

DAVIES, Peter. **Hard times: is this the end of the road for private finance initiative?** **BMJ**, v. 341, c3828, jul. 2010.

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**, 3ª Edição, São Paulo, ed. Malheiros, 1997.2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Direitos Humanos**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso De Direito Administrativo**, 30ª Edição, São Paulo, ed. Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira & GONET BRANCO, Paulo Gustavo, **Curso De Direito Constitucional**, 9ª Edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2014.

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Org.). **Terceiro Setor: E Parcerias Na Área De Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTUGAL, Mauricio; PRADO, Lucas N. M. **Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

POZZO, Augusto Neves dal et al (Coord.). **Parcerias Público-Privadas: Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARLET, Ingo Wolf Gang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, G. A. D. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Manuel Braz da. **Parcerias Público-Privadas**. Coimbra: Almedina, 2016.

SUNDFELD, Carlos A. **O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares**. Cadernos FGV Projetos, v. 9, n. 23, p. 54-61, jan. 2014.

SUNDFELD, Carlos A. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando, **Concessão De Serviço Público**, São Paulo, ed. Saraiva, 2012.