XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-053-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as politicas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

SOCIEDADE E PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE ACORDO COM A LEI 13.019/14

SOCIETY AND PROVISION OF PUBLIC HEALTH SERVICES BY CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS IN ACCORDANCE WITH LAW 13,019 / 14

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Resumo

O trabalho trata das regras jurídicas para prestação dos serviços de saúde por terceiros, explicando as formas de contratação pelo Poder Público por meio de contratos ou convênios, distinguindo-se da contratualização, e analisando o impacto da lei federal 13.019/14 que trata do marco regulatório das organizações da sociedade civil. Os pressupostos de análise são a possibilidade de prestação de serviços de saúde por terceiros, a natureza social da concretização do direito à saúde e a participação da sociedade no controle e organização do Sistema Único de Saúde - SUS. O problema de pesquisa é qual o impacto que a lei federal 13.019/14 terá sobre o papel da sociedade em sua relação com o SUS. Respondendo a esta questão, apesar dos aspectos positivos da lei no incremento dos controles sociais do SUS, a sociedade não será protagonista na efetividade do direito à saúde, como prestadora direta dos serviços de saúde por meio das organizações da sociedade civil, ao contrário, a prestação de serviços de saúde terá um caráter mais empresarial.

Palavras-chave: Sociedade, Serviços de saúde, Lei 13.019/14

Abstract/Resumen/Résumé

The paper deals with the legal rules for the provision of health services by third parties, explaining the forms of contract by the government through contracts or arrangements, distinguishing the contracting work plan, and analyzing the impact of federal law 13,019 / 14 that deals with the regulatory framework of civil society organizations. The analysis of assumptions include the possibility of provision of health services by third parties, the social nature of realizing the right to health and the participation of society in the control and organization of the Unified Health System - SUS. The research problem is what kind of impact that federal law 13,019 / 14 will have on the role of society in its relation to the SUS. Responding to this issue, despite the positive aspects of the law on increasing social SUS controls, society will not be starring in the effectiveness of the right to health as a direct provider of health services by civil society organizations, on the contrary, the provision of health services will have a more business character.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Society, Health services, Law 13, 019 / 14

Introdução

A pesquisa está inserida na área dos direitos sociais e políticas públicas, especificamente no direito à saúde. O sistema único de saúde (SUS), previsto constitucionalmente e regulamentado por leis e atos normativos da União, Estados e Municípios, envolve a prestação dos serviços de saúde que podem executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, nos termos da Constituição. O tema central trata da forma jurídica para prestação dos serviços de saúde por terceiros, examinando-se a contratação pelo Poder Público e seus regimes legais de contratos e convênios, distinguindo-se da contratualização, e analisando-se o impacto da lei federal 13.019/14 que trata do marco regulatório das organizações da sociedade civil.

Coloca-se o problema de pesquisa nas perspectivas da possibilidade de prestação de serviços de saúde por terceiros, da natureza social da concretização do direito à saúde e da participação da sociedade no controle e organização do SUS. Nesse sentido é que se busca responder ao problema de qual será o impacto que a lei federal 13.019/14 terá sobre o papel da sociedade em sua relação com o SUS. De um lado, poderá se sobressair um novo papel da sociedade como protagonista na efetividade do direito à saúde, como prestadora direta dos serviços de saúde, por meio da implementação das contratações por organizações da sociedade civil, mas, de outro lado, poderá haver uma manutenção da participação da sociedade no SUS, apenas por meio dos mecanismos de controle, sendo incrementada uma relação jurídica mais empresarial na prestação dos serviços de saúde por organizações da sociedade civil.

O problema de pesquisa se afirma como relevante já que as esferas federativas devem estar adequadas, até o dia 27 de julho de 2015, quando então a lei entrará em vigor, à nova modalidade jurídica para os convênios, que passam a ser substituídos por termos de fomento e de colaboração. Vários aspectos da lei ainda estão sendo objeto de análise, mas parece que as interfaces entre a sociedade e o SUS são absolutamente relevantes para serem pesquisadas em vista do caráter fundamental do direito social envolvido: a saúde.

O método de pesquisa para análise do problema será a revisão bibliográfica e análise da legislação aplicável, bem como o exame dos estudos preliminares sobre a aplicação da Lei Federal 13.019/14. O método poderá ou não levar à conclusão relativa a um novo papel da

sociedade em relação ao SUS, com as organizações da sociedade civil protagonizando a prestação direta dos serviços de saúde.

1 O SUS, o controle da sociedade e a distinção entre contratação e contratualização

Inicia-se destacando duas características do SUS. De uma parte, a sua criação em rede, segundo critério de subsidiariedade, com determinante participação da sociedade em sua organização e controle, e, de outra parte, a sociedade como essencial para efetivação do direito à saúde, eis que entendida num sentido mais amplo que aquele de cura e prevenção de doença. Após a descrição destes pressupostos relativos à relação entre sociedade e SUS, apresenta-se uma introdução à formalização jurídica da prestação de serviços de saúde do SUS por terceiros, distinguindo-se a contratação e a contratualização.

1.1 O SUS e o controle da sociedade para concretização dos serviços de saúde

A fim de concretizar o direito social à saúde, ao criar o SUS, conforme MENDES e BRANCO (2014, p. 645), o constituinte de 1988 rompeu com a tradição existente e adotou a ideia de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade. Essa ideia de subsidiariedade tem origem, segundo TORRES (2001, p. 7-17) na palavra *subsidium*, que significa ajuda, no sentido de promover, coordenar e controlar e nesse sentido BARACHO (1995, p.21-54) refere que é princípio constitucional dirigido ao legislador, ao julgador e ao administrador. Na expressão de QUADROS (1995, p.18) “A subsidiariedade recusa, portanto, o monopólio da Administração na prossecução do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, que consiste numa manifestação da ideia de democracia”.

Refira-se que a subsidiariedade como critério para funcionamento do SUS é ligada ao bem comum, no sentido de que é a melhor forma estimular que os membros da comunidade busquem seu bem, com responsabilidade e autodeterminação (TORRES, 2011, p.18). Dessa forma, o SUS foi estabelecido na Constituição de 1988, no art. 198, como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, organizado de acordo com as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

De outro lado, já é assente na doutrina a ideia de saúde da pessoa humana para além da cura e da prevenção de doenças, ampliando-se para a melhor qualidade de vida possível. Conforme SCHWARTZ(2001, p.43), saúde "é um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura das doenças ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar". Esse conceito de saúde dá uma dimensão social e não apenas individual ao estado de saúde porque saúde não significa apenas um indivíduo sem doença em seu corpo e mente. Aqui, essa ideia de bem-estar está relacionada também à dimensão social da pessoa humana, no sentido de que não se pode afirmar o bem-estar solitário, individual da pessoa humana, senão também inserida em seu grupo e em seu meio ambiente adequado.

Essa noção de saúde como possibilidade de acesso à melhor qualidade de vida possível e aquela diretriz de participação da comunidade no SUS, fundada na subsidiariedade, são aqui consideradas como essenciais para concretização do direito fundamental à saúde, entendido como método específico de interpretação conforme BONAVIDES (2014, p.636). Destaca-se essa dimensão da sociedade em que ela é vista não apenas como pessoas titulares de direito fundamental à saúde ou destinatárias dos serviços do SUS, mas como participante ativa na construção e funcionamento do SUS.

Nesse sentido, o papel da sociedade é determinar o exercício do direito à saúde quando permite condições de promover o bem estar das pessoas e também atuar no controle e fiscalização do próprio SUS em seu funcionamento. Resta superada eventual ideia de dicotomia entre Estado como único responsável pelo SUS e a sociedade como destinatária passiva de serviços de saúde. Tal interpretação simplificaria em demasia a relevância da sociedade no controle da atividade do SUS.

O controle da sociedade para concretização dos serviços de saúde está inserido em um terceiro nível de participação política, quando a pessoa tem *participação* efetiva e contribui direta, o que é muito raro, ou indiretamente, na escolha de representantes, por exemplo, para uma decisão política. Segundo SANI (2004, p.888-9), essa participação é mais intensa que aquela de mera *presença* em que não há grande contribuição pessoal, ou a *ativação*, que ocorre dentro ou fora de uma organização política, quando a pessoa é incumbida de uma série de atividades permanentes ou esporádicas, por exemplo, quando há um envolvimento em campanhas ou se participa em manifestações de protesto, etc.

Exemplo, na legislação no SUS, de controle por meio de participação é a representação nos conselhos e conferência de saúde. A previsão é da Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990, em seu art. 1º e parágrafos, que estabelece que a "Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde" e que "o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo".

Tal é a relevância do controle pela sociedade que pode ser considerado uma terceira forma de controle do Poder Público, ao lado dos controles externos, jurisdicionais ou não, e dos internos próprios. Nesse passo, são várias as previsões expressas de participação da sociedade na organização do SUS, nos termos da lei federal 8.080 de 19 de setembro de 1990.

Essa estreita relação entre a sociedade e a organização e controle do SUS é essencial para o aperfeiçoamento constante do próprio SUS e a concretização do direito à saúde que não é imutável, já que permite a possibilidade de mobilidade necessária para acompanhar a ideia de bem social de bem estar. Nesse sentido a ideia de LÉVY-BRUHL (2000, p.29-30) em que, se um direito emana de um grupo social, não poderia ter mais estabilidade que esse mesmo grupo.

1.2 A distinção entre contratação e contratualização

O SUS envolve a prestação dos serviços de saúde que podem ser executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, nos termos do art. 197 da Constituição de 1988: "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." Quando se permite, ao Poder Público, a execução de serviços por terceiros, é preciso caracterizar a forma jurídica dessa contratação.

A ideia de contratação segundo JUSTEN FILHO (2014, p.467) envolve sempre o ajuste escrito e formal, conceituado como: “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente, e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”. Essa é uma caracterização dos contratos administrativos em sentido amplo, que envolvem os acordos de vontade (como, por exemplo, os convênios típicos e outros com natureza de convênio) e os contratos em sentido estrito.

A principal distinção, portanto, em relação à contratação, é que o convênio se refere ao ajuste em que há comunhão de objetivos, em que cada uma das partes: a pessoa física ou jurídica e a pessoa jurídica de direito público estabelecem atribuições em comunhão de esforços para um mesmo objetivo, em geral sem o intuito lucrativo, mesmo que haja valor envolvido. Nas palavras de JUSTEN FILHO (2014, p.471), o convênio é um contrato associativo, em que as partes visam fins comuns.

Tanto os convênios como os contratos em sentido estrito podem ter várias espécies e formas jurídicas, mas integram a ideia de contratação administrativa em sentido amplo. Veja-se que a escolha da forma jurídica contrato ou convênio não diz respeito à entidade contratante (se tem ou não fins lucrativos), mas aos objetivos das partes e à finalidade.

Importante notar que a ideia de contratualização não é utilizada como sinônimo de forma jurídica. Alguns documentos de organização do SUS como Portarias do GM/MS 1703/04 e 1721/05 trouxeram a expressão. Todavia, há que se distinguir a contratualização de instrumentos como plano operativo, contrato de metas ou plano de trabalho. Esses são requisitos de descrição, anexos aos contratos ou convênios - formas de contratação, como já mencionado. Os instrumentos descritivos, anexos às formas de contratação devem conter os aspectos descritivos materiais como: metas físicas (FPO), identificando a população referenciada; metas qualitativas (comissões, capacitação); Descrição das politicas prioritárias; sistema de avaliação das metas; e prazo de vigência e de revisão. Tendo em vista esses elementos exemplificativos, em geral a área técnica de saúde que elabora esses anexos, sendo os contratos ou convênios propriamente elaborados, em geral, pela área jurídica.

2 O contrato com o Poder Público

É necessário fixar os requisitos legais para a contratação com o Poder Público, diante da legislação de licitações e contratos (Lei 8.666/93 – lei geral, e 10.520/2002 - lei específica sobre modalidade de Pregão), dos casos de dispensa e inexigibilidade, assim como do Regime Diferenciado de Contratação (RDC - Lei 12.462/11). A regra geral para contratação é que seja precedida de processo licitatório, sendo que os casos de dispensa estão em previsão taxativa e os de inexigibilidade são exemplificativos na mesma lei 8.666/93. O RDC pretende ser um processo mais ágil na tramitação.

Uma vez que sejam atendidas as regras e também os princípios previstos no art. 3º da Lei 8.666/93, a contratação será considerada regular. O descumprimento a algum dos dispositivos legais ou aos princípios será o fundamento para considerar o contrato irregular ou inexistente, devendo a própria Administração ou o Poder Judiciário reconhecer e anular a contratação.

2.1 As regras gerais de contratação

A lei 8.666/93, que trata das licitações, bem como a lei 10.520/02, esta última específica para a modalidade de Pregão, vem atender ao disposto no art. 37, XXI, da Constituição de 1988. Determina-se que Poder Público deverá fazer uso dos procedimentos licitatórios para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. A contratação se dará de forma regular, após passar pelo processo licitatório previsto nestas leis, ou ainda pelos processos de dispensa e inexigibilidade. Distinta forma de contratação é regulada especificamente pela Lei nº 12.462/11, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratação – RDC (PEREIRA Jr, 2012, p.44-63) e que, em geral não será aplicável aos contratos de prestação de serviços de saúde.

A contratação regular do Poder Público é um procedimento que se inicia com a verificação da necessidade da aquisição de produtos, obras ou prestação de serviços (MEDAUAR, 2014, p.203). Há, deste modo, uma fase preparatória do procedimento que inclui a determinação da necessidade, a escolha da forma jurídica adequada da contratação e da legislação aplicável (MANFFINI, 2013, p.152).

Assim sendo, a contratação é feita de acordo com as normas legais aplicáveis, entre os interessados particulares, nos contratos que envolvem o Poder Público. (BURLE FILHO, 2012, p.221). Na contratação pública, não há a mesma liberdade que existe nas contratações privadas, a forma legal e os interesses públicos devem ser respeitados, por se tratar de direitos indisponíveis (MANFFINI, 2013, p.136).

A Constituição de 1988 dispõe sobre a competência da União em legislar sobre as normas gerais de licitações e contratos, conforme art. 22, XXVII, sendo possível o estabelecimento de normas por lei municipal, por exemplo, atendendo-se ao interesse local, nos temos do art. 30, I. O princípio geral da obrigatoriedade de licitação é previsto no seu art. 37, XXI, em que, salvo disposição em contrário, o procedimento licitatório é obrigatório (CARVALHO FILHO, 2013, p.235). De tal forma que na Lei 8.666/93, no seu art. 1º, define-se que a Poder Público está impossibilitado de fazer qualquer tipo de contratação, salvo disposição legal, sem o prévio processo licitatório. Tal dispositivo dirige-se à União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios, 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, Estado, Distrito Federal e Municípios.

Junto ao Poder Público, a contratação poderá se dar em modalidades específicas (PEREIRA Jr, 2004), devendo ser respeitados os limites da compra e da prestação dos serviços conforme prevê o art. 22 da Lei 8.666/93. A expressão “modalidade” é utilizada para identificar tecnicamente os dispositivos legais aplicáveis aos procedimentos licitatórios, pois estes se diferenciam entre si no tocante às estruturas e, ainda, aos fins buscados pela administração (JUSTEN FILHO, 2014, p.505). Acrescente-se, como modalidade de licitação, o Pregão regulado na Lei 10.520/02.

Além dessas modalidades, existem os casos específicos na própria lei 8.666/93, em que é admitida a contratação de forma direta, sem o processo licitatório. Esses casos podem ser enquadrados em duas categorias específicas, que são os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação (JUSTEN FILHO, 2014, p.528). A lei das licitações arrola as possibilidades em que não são necessários os procedimentos licitatórios para a efetiva contratação por parte do Poder Público, mas será a contratação precedida de um procedimento público de qualquer forma (MEDAUER, 2014, p.225). Para a concretização da contratação direta por meio de dispensa ou inexigibilidade, será necessário o cumprimento de alguns

elementos, juntados nos autos do processo administrativo, instaurado diretamente pela administração (MEDAUER, 2014, p.225). Tanto nas situações de dispensa e inexigibilidade, será efetuada a justificação com os seguintes elementos: A) caracterização da situação que não justifica a realização da licitação; B) razão da escolha do executante ou fornecedor indicado; C) justificativa referente ao preço; D) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens são alocados (Art. 26, Caput e parágrafo Único) (MEDAUER, 2014, p.225).

Para distinguir dispensa e inexigibilidade, veja-se inicialmente a dispensa. É o procedimento em que o administrador não é obrigado a fazer o processo licitatório, amparado pelo art. 24 da lei geral de licitações, em um dos seus 33 incisos, em que o ato de licitar seria viável, mas não obrigatório, podendo ser dispensado desde que previstos nessa lista taxativa (CARVALHO FILHO, 2013, p.250). Já nos casos da modalidade de dispensa tipificada no art. 17 da lei geral de licitações, relativa à alienação de bens do Poder Público, em seus incisos e alíneas, o processo licitatório não será realizado, por não haver a discricionariedade do administrador e sim a imposição da lei para que não se faça (CARVALHO FILHO, 2013, p.250).

Além disso, a lei das licitações apresenta, também, os casos de inexigibilidade, em que há a inviabilidade da competição, conforme prevê a própria lei (CARVALHO FILHO, 2013, p.269). Nos casos de inexigibilidade do certame licitatório, que se dá em função da impossibilidade jurídica da instauração da competição entre aqueles que têm o interesse, não há como buscar uma melhor proposta quando inexiste mais de um capaz de fornecer tal serviço (MEIRELLES, 2012, p.306).

Por fim, deve-se referir o Regime Diferenciado de Contratação criado pela lei 12.462/11, resultante da Medida Provisória nº 527, de 2011, criado exclusivamente para as licitações e os contratos para a realização da Copa do Mundo de 2014, assim como para as Olimpíadas de 2016, ainda que ampliado em alguma medida (DI PIETRO, 2012, p.413). Este apresenta algumas especificidades em suas fases: (I) preparatória; (II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação das propostas ou lances; (IV) julgamento; (V) habilitação; (VI) recursal; (VII) encerramento (CARVALHO FILHO, 2013, p.296) - conforme seu art. 12, por exemplo, a fase de habilitação é exigida posteriormente à fase do julgamento, ao contrário do previsto nas demais modalidades legais (CARVALHO FILHO,

2013, p.297). Como já se disse, tal regime em geral não é aplicado para prestação de serviços de saúde.

Por fim, o processo licitatório deve estar de acordo com os princípios norteadores da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2013, p.243), bem como, os princípios da licitação dispostos no art. 3º da Lei 8.666/93.

2.2 A regularidade do contrato

Diante de tal panorama, em linhas gerais, da regulamentação de licitações e contratos, a noção inicial de contrato é no sentido do atendimento de todas as condições de regularidade previstas na legislação. A condição de existência para contratação é a documentação escrita, em tramitação em processo administrativo, cujo papel é essencial para o Poder Público (MEDAUAR, 2008). Portanto, desde já, fixa-se que se não houver processo administrativo, ainda mais que irregular, a contratação poderá ser considerada inexistente (JUSTEN FILHO, 2014, p.451).

Em relação à irregularidade nas contratações do Poder Público, é importante referir que é possível a correção dos atos irregulares. Tal prerrogativa é denominada de autotutela, assim, cabe à administração rever e corrigir seus próprios atos, conforme disposto na Súmula 473 do STF, tal qual segue: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Tratando-se de irregularidade por descumprimento de lei, o Poder Público poderá declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, de tal forma que todos os efeitos jurídicos que seriam produzidos, cessem (DI PIETRO, 2012, p.283), desconstituindo, também, os efeitos já produzidos pelo ato ilegal e já declarados nulos, conforme o art. 59 da lei 8.666/93. Cabe observar que, no caso da ilegalidade no certame licitatório, haverá vício do contrato decorrente e ambos podem e devem ser revisados (DI PIETRO, 2012, p.283). A ressalva é que a anulação do contrato firmado, mas eivado de vício, não exonera o Poder Público do pagamento dos serviços prestados, ou compras entregues pelo contratado, pois caso não haja tal pagamento, poderá a administração responder por enriquecimento ilícito (CARVALHO

FILHO, 2012, p.215). Cabe à administração buscar eventual responsabilidade de seus servidores no tocante aos vícios que levaram à invalidação do contrato, por conta dos vícios no processo licitatório (DI PIETRO, 2012, p.283). Assim, a anulação se dá pela declaração de invalidade de um ato administrativo, que é ilegítimo ou ilegal, tal declaração será dada pela Administração ou pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 2012, p.212). Fica claro que o Poder Judiciário tem um papel bem específico e, se acionado, sua competência será de verificar a ilegalidade que poderá estar presente nos atos administrativos, bem como nos certames licitatórios, mas não poderá substituir a Poder Público em pronunciamentos que são de sua competência (MEIRELLES, 2012, p.218).

Diante de todo o exposto, percebe-se que há decisiva regulamentação legal que deve ser observada para considerar-se uma contratação regular e, caso seja considerada irregular, a Administração e o Judiciário podem anular e atribuir consequências a tal irregularidade.

3 O convênio e a lei federal 13.019/14

É preciso aprofundar a análise sobre o art. 116 da lei 8.666/93, que estabelece as regras sobre a forma jurídica dos convênios a fim de comparar estas regras com as da contratação, conforme item anterior. Após esta análise, e com a descrição das principais alterações trazidas pela lei federal 13.019/14, que estabelece os termos de fomento e de colaboração, em substituição aos convênios com organizações da sociedade civil, será possível uma resposta ao problema proposto.

3.1 Caracterização dos convênios

Os convênios são formas jurídicas de acordo de vontades entre o Poder Público e terceiros, e, como já se viu, em que se estabelecem atribuições em comunhão de esforços para um mesmo objetivo, em geral sem o intuito lucrativo, mesmo que haja valor envolvido. Nas palavras de JUSTEN FILHO (2014, p.471) no convênio, a atuação das partes é conjugada para satisfação das necessidades de interesse coletivo ou bem comum, sem benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes. Nesse mesmo sentido é que MELLO (2013, p.681) refere que os convênios não são aqueles em que as partes compõem para atender a interesses contrapostos atendidos por suas ações recíprocas, mas sim aqueles com interesses coincidentes.

Os convênios se inserem no que os autores denominam de formas de parceria do Poder Público, em razão dessa ideia de associação por interesses comuns (CARVALHO FILHO, 2013, p.3558 e DI PIETRO, 2015). Nessa ideia de parcerias há os chamados convênios típicos, regulados pela lei 8.666/93, e outros convênios, regulados por leis específicas, ainda que não denominados propriamente de convênios.

Os convênios típicos estão regulados pela Lei 8.666/93, no art. 116, com características específicas, tal como aprovação prévia de plano de trabalho. Este plano de trabalho é proposto pela organização interessada contendo pelo menos a identificação do objeto, metas, etapas de execução, plano de aplicação de recursos financeiros, cronograma de desembolso e previsão de início e fim da execução do objeto.

Há convênios tipificados por leis específicas, que não são regulados por este art. 116 da lei 8.666/93, como os chamados contratos de programa, de rateio, de consórcio, que têm a mesma natureza de convênio, mas são regidos por leis específicas (JUSTEN FILHO, 2014, p.471-2). Essas outras formas de convênio em geral não são usadas para formalizar serviços de saúde prestados por terceiros, em virtude dos casos previstos nessas leis específicas.

De qualquer forma, os convênios regulados pela lei 8.666/93 sempre foram muito utilizados como forma jurídica de ajuste entre os entes federativos gestores do SUS e terceiros prestadores de serviços por duas razões: a natureza do direito à saúde, que mobiliza a possibilidade de objetivos comuns; e o fato de que as formalidades para estabelecimento de convênios são menos rigorosas do que aquelas relativas às contratações em sentido estrito.

De fato, no convênio regido pelo art. 116 da lei 8.666/93, não há necessidade de disputa prévia em licitação nem mesmo de justificar casos de dispensa ou inexigibilidade. Por justificativa escrita em processo administrativo, o Poder Público, especialmente estadual e municipal, em que não haja regulação mais grave, pode escolher livremente a organização que prestará os serviços, que poderão ser de saúde ou outros. Também, em muitos casos, o Poder Público dispensa, por falta de expressa exigência legal para convênios, as certidões negativas da pessoa jurídica prestadora do serviço de saúde. E, por fim, os requisitos legais quanto aos aditamentos e modificações, no ajuste em relação a prazos e valores, não são rígidos, como no caso das contratações em sentido estrito.

Sobre essa prática de utilizar a forma jurídica e a regulação dos convênios da lei 8.666/93 para prestadoras de serviços, com a finalidade de “fugir ao regime publicístico”, é que se pode lembrar da argumentação de DI PIETRO (2015, p.289), ainda que em relação a

outro caso, das fundações de amparo e cooperativas. De fato, se a aparente legalidade se origina da insatisfação pelas regras que deveriam ser aplicáveis ou da certeza de impunidade, como descreve DI PIETRO (2015, p.295), essa prática comum contribuiu decisivamente para a edição da lei 13.019/14, que trouxe regramento bem mais rígido para os convênios.

3.2 A lei 13.019/14

O contexto da aprovação da lei 13.019/14 foi de instituir regras mais rígidas para os convênios, além de uniformizar as regras nas esferas federativas, em que se observavam disparidades em virtude da autonomia administrativa e da generalidade do disposto no art. 116 da lei 8.666/93 e ainda de estimular a participação mais efetiva das organizações da sociedade civil na prestação de serviços ao Poder Público. Ainda sobre o contexto dos debates prévios à aprovação da lei, a ABONG, que é a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, fundada em 10 de agosto de 1991, teve papel fundamental, como se pode historiar pelo seu sítio oficial.

Dessa forma, a lei 13.019/14 foi aprovada em 31 de julho de 2014, inicialmente com vigência mais próxima, mas agora com vigência marcada para a partir de 27 de julho de 2015. A lei teve repercussão com destaque para seus aspectos de detalhamento das regras aplicáveis, bem como a transparência exigida. Na análise de DI PIETRO (2015, p. 296) a lei 13.019/14 veio disciplinar de forma mais rigorosa as parcerias entre o Setor Público e as entidades do terceiro setor, chamadas genericamente de organizações da sociedade civil.

De início, destaca-se que o art. 84 da lei 13.019/14 restringiu a aplicação do art. 116 da Lei 8.666/93 apenas aos convênios firmados entre os entes federados, União, Municípios e Estados. Sempre que uma organização da sociedade civil realizar prestação de um serviço para o Poder Público, não poderá utilizar o convênio descrito do art. 116 da lei 8.666/93, mas deverá utilizar os termos de fomento ou de colaboração, minuciosamente descritos na lei 13.019/14. Refira-se que a natureza destes termos de fomento e de colaboração continuam sendo de convênio, mas assim não mais podem ser denominados e as regras aplicáveis são outras.

Em relação à abrangência da aplicação da lei e seu objetivo de aproximar regras nas unidades da federação, a competência da União para editar essas regras é de natureza privativa, mas se refere apenas às normas gerais da matéria de licitações e contratos. Portanto, Estados, Municípios e Distrito Federal poderão editar normas próprias desde que observem as

gerais contidas na lei (DI PIETRO, 2015, p. 297 e OLIVEIRA, 2014, p. 11). Assim, parece que a lei cumpre seu objetivo de aproximar as regras entre as unidades federativas.

Em relação às regras instituídas para os termos de fomento e de colaboração, são mais rigorosas, pois há uma evidente aproximação com as regras das contratações, com prévio procedimento de disputa (licitação para as contratações) denominado pela lei chamamento público. Este chamamento público deve ser conduzido por uma comissão própria de seleção, contando com 2/3 de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal, e com as seguintes fases (DI PIETRO, 2015, p.301): instrumento convocatório (edital), julgamento e classificação, homologação e habilitação. Veja-se, por exemplo, que o requisito dos membros da comissão de seleção é mais rígido do que aquele previsto para as contratações.

As proibições para participar dos chamamentos públicos e os requisitos que as organizações da sociedade civil devem cumprir são muito mais rigorosos que aqueles estabelecidos para as contratações nos moldes da lei 8.666/93. Apenas por exemplo, cite-se a proibição do art. 39 de contratar a organização que tenha entre seus dirigentes pessoa julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão. Tal proibição, da forma como é colocada, inova nas regras jurídicas usuais da contratação. Ademais, exemplo de requisitos como o previsto no art. 24 da exigência de que a organização da sociedade civil possua, no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo de CNPJ da Receita Federal, também não se encontra para as contratações.

Em relação ao plano de trabalho, que também deveria constar com aprovação prévia nas regras para os convênios da lei 8.666/93, pela lei 13.019/14, nos termos do art. 22, demonstra mais complexidade, especialmente quanto aos indicadores qualitativos e quantitativos para cumprimento de metas, colocados de forma bem mais específica que nas regras dos convênios.

Dos exemplos apresentados, é possível perceber que a lei 13.019/14 foi extremamente positiva ao atender o objetivo de regular de forma mais incisiva e complexa, transparente e uniforme, as regras para as parcerias com natureza de convênio, denominadas de termos de fomento e colaboração pela lei 13.019/14. A participação efetiva, desde o processo de discussão até a aprovação da lei, das organizações da sociedade civil, é perceptível pelas notícias, pelas descrições oficiais da ABONG, como já se mencionou, e pela descrição minuciosa da lei, o que se destaca como positiva.

Entretanto, a clara complexidade das regras previstas na lei 13.019/14, ainda mais que aquelas encontradas no regime das contratações pela lei 8.666/93, faz supor que muitos ajustes que estavam sendo realizados pelas regras dos convênios, não serão agora realizados como termos de fomento e colaboração pelas regras da lei 13.019/14. A julgar pela realidade administrativa da tentativa de fugir ao regime publicístico, conforme já descrito, as organizações da sociedade civil deverão preferir competir no regime de licitações para contratação a submeter-se a todas as regras mais complexas da lei 13.019/14.

Conclusão

Restou descrita e estabelecida a relevância da participação da sociedade na concretização do direito fundamental social à saúde, bem como da participação social no controle e organização do SUS. Essa participação já está assentada na legislação de organização do SUS, como no exemplo dos conselhos explicitados.

Em relação à contratação, em sentido amplo, pelo Poder Público, de terceiros para prestar serviços de saúde, com fundamento no art. 197 da Constituição de 1988, foi apresentada como um dos fundamentos de reflexão, descrevendo-se as duas formas básicas de contratação com o Poder Público: contratação propriamente dita ou convênio. Apresentou-se a realidade dos convênios, tal como regulados pela lei 8.666/93, art. 116, em que, pela singeleza das regras é preferido em relação à contratação pelas regras da mesma lei 8.666/93.

A lei 13.019/14, que irá vigorar a partir de 27 de julho de 2015, com regras gerais para todas as unidades da federação, traz regras bem mais complexas para os convênios, chamados a partir de sua vigência de termos de colaboração ou fomento. Diante dessa realidade, serão atendidos os objetivos de regulação e transparência demandados pelas próprias organizações sociais que participaram das discussões para aprovação da lei. Os serviços de saúde prestados por terceiros (organizações da sociedade civil) ao SUS deverão se submeter a estas novas regras, se for mantida a ideia de prestação de serviços por convênio.

Todavia, apesar dos destaques positivos relativos à lei 13.019/14, a reflexão foi guiada para o impacto que a lei terá sobre o papel da sociedade em sua relação com o SUS. Concluiu-se que não há indícios de que a sociedade, pelas organizações da sociedade civil, terá protagonismo na efetividade do direito à saúde, como prestadora direta dos serviços de saúde. Ao contrário, a prestação de serviços por terceiros mediante termos de fomento e de colaboração será mais profissionalizada, no sentido de uma relação jurídica mais empresarial

na prestação dos serviços de saúde, ainda que prestada por organizações da sociedade civil. Aponta-se que grande parte dos serviços prestados por terceiros mediante convênio irão migrar para submeter-se às regras da contratação.

Os eventuais impactos na sociedade, quando da vigência da lei, serão no sentido da continuidade do fomento da participação social no SUS, por meio dos mecanismos de controle, sendo mais incrementados por regras mais complexas de transparência. Entretanto, com significativo decréscimo de prestação de serviços ao SUS por organizações da sociedade civis mais próximas dos destinatários dos serviços do SUS.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 200: 21-54, abr./jun. 1995, p.21 a 54.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direto Administrativo Moderno.* 18ª ed. rev., atual. e ampli – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely lopes. ALEXO, Décio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. Atual. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes; BARROS, Laura Mendes Amando de; CUNHA, Bruno Santos. O novo regime das parcerias voluntárias da Administração Pública (Lei Federal 13.019/14). *Revista da APMPA*. Porto Alegre, n.83. Dezembro de 2014, p.9-11.

PEREIRA Jr, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. Diretrizes operacionais vinculantes do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Forum de Contratação e Gestão Pública.* Belo Horizonte: Forum, ano 11, nº132, dez.2012, p.44-63.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública.* 6ª ed. rev. e atual. eampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUADROS, Fausto de. *O Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União européia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

SANI, Giacomo. Participação política. In: *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. v.2, p.888-889.

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

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.