

A concessão de uso de bem público na Nova Lei de Licitações e seu cabimento para hospitais

The concession for use of public property in the New Bidding Law and its application for hospitals

Fernando Borges Mânica¹

RESUMO: O presente artigo trata da natureza e finalidade da concessão de uso de bem público, com análise de sua regulamentação anterior e investigação quanto a eventuais mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações. A partir dessa análise, o trabalho avalia a adequação e os critérios a serem observados para a concessão de uso de unidades hospitalares.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de uso de bem público; Nova Lei de Licitações; Hospitais.

ABSTRACT: This article deals with the nature and purpose of concession for use of public property, analyzing its previous regulation and investigating possible changes brought by the New Bidding Law. Based on this analysis, the work assesses the suitability and criteria to be observed for the concession for use of hospital units.

1 Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP. Fundador do “Portal das OS”. Coordenador da 3COMPLY – Consultoria e Treinamento em Conformidade no Terceiro Setor. Professor do mestrado profissional da Universidade Positivo. Membro da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AINDA). Certificado em Gestão de Projetos na Saúde pelo Hospital Albert Einstein. Certificado em Análise de Custos e Benefícios na Saúde pela Harvard School of Public Health. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

KEYWORDS: Concession for the use of public goods; New bidding law; Hospitals.

1. INTRODUÇÃO

Além de racionalizar e sistematizar os diversos diplomas normativos sobre licitações e contratos administrativos, a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 – trouxe uma série de inovações, as quais se encontram em processo de assimilação pela doutrina e de regulamentação pelos entes federativos. Uma das novidades refere-se à previsão expressa de incidência dos ditames na nova lei sobre os contratos de concessão de uso de bem público, tal qual prevê seu artigo 2º, inciso IV.²

O objetivo deste estudo consiste em aquilatar a importância de tal inovação, bem como avaliar a compatibilidade da concessão de uso de bem público para o trespasse de hospitais à exploração pela iniciativa privada. O estudo justifica-se pela escassez de estudos sobre o tema das concessões de uso, aliada à demanda social pela oferta e modernização da infraestrutura hospitalar de atendimento ao SUS, muitas vezes abandonada ou subaproveitada, em especial em municípios de pequeno e médio portes.

Adotou-se o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, legislativa e contratual sobre o tema. A pesquisa normativa deu-se no âmbito de leis estaduais, nos sítios eletrônicos de todos os Estados da Federação e respectivos portais da transparência. A busca ocorreu pelos termos “concessão de uso”, “concessões de uso”, “concessão de uso de bem público” e “concessões de uso de bem público”, bem como na legislação específica estadual sobre licitações e contratos administrativos. A pesquisa por experiências de concessão de uso de hospitais deu-se por consulta a editais e contratos publicados nos portais da transparência de Estados e Municípios da Região Sul e Sudeste.

2 “Art. 2º Esta Lei aplica-se a: (...) IV - concessão (...) de uso de bens públicos;”.

Para alcançar o desiderato proposto, o presente estudo traz o estado da arte sobre o tema, com aportes doutrinários que demonstram a dupla finalidade da concessão de uso de bem público e a consequente autonomia federativa e contratual e para a definição de seu regramento. Na sequência, analisa-se a regulamentação dada pela Lei nº 8.666/93 e a legislação dos Estados membros sobre o tema. Em seguida são mensurados os principais impactos da nova legislação na fixação de parâmetros voltados à definição do regime licitatório, finalidade, prazo e remuneração dos contratantes. Adiante, é avaliada a compatibilidade da concessão de uso de bem público a particulares para exploração de atividades de saúde hospitalares, bem como da possibilidade de obtenção de receitas acessórias pelo particular, decorrentes do atendimento à saúde suplementar e medicina privada. Por fim, são tecidas considerações finais.

2. CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS NA DOUTRINA

A concessão de uso de bem público é instrumentalizada por um contrato administrativo por meio do qual é possibilitado a um particular o uso de um bem público por prazo determinado, mediante o cumprimento de requisitos pré-estabelecidos.³ Configura, portanto, a hipótese de outorga de uso que confere maior segurança jurídica ao particular e à Administração Pública contratante, dada sua natureza contratual.⁴ Dentre as hipóteses de outorga do uso de bens públicos aos particulares, a concessão de uso é a que confere maior estabilidade ao uso privativo de bem público pelo concessionário, à medida que possui natureza contratual, conferindo

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 70.

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 347.

ao privado concessionário uma intensa e duradoura relação jurídica que tem como objeto o bem concedido.⁵

No que toca à finalidade a ser dada ao bem objeto de concessão de uso, duas são as hipóteses acolhidas pela doutrina. De um lado, pode servir como instrumento de implementação e disponibilização de uma utilidade de interesse geral, por meio do concurso do particular para alcançar este fim de interesse coletivo. De outro lado, a concessão de uso pode meramente servir de instrumento para dar uso a bens do acervo patrimonial do Estado não utilizados, visando a gerar receitas com a remuneração dada pelo particular pelo direito de explorar o bem em seu próprio interesse.⁶

No segundo caso, conforme Floriano Marques Neto, a utilização do bem público concedido deve envolver, em alguma medida, a satisfação, ainda que secundária, do interesse público. Assim sendo, mesmo quando a concessão de uso envolver a exploração privada em interesse próprio, deverá estar presente alguma finalidade de interesse geral, podendo ele ser o interesse do Poder Público de dar emprego ao bem ou obter rendas.⁷

É dizer: o agente privado deve explorar o bem público conforme sua finalidade e em prol do interesse público; ou, então, deve explorar o bem público conforme seu interesse, mas com atendimento secundário de alguma finalidade de interesse público.

A diferença decorre da finalidade originária do bem concedido. Neste ponto, útil é a distinção entre o bem destinado à satisfação direta de um interesse público (bem público em sentido estrito) e o bem pertencente às

5 Tal condição é tratada de modo corrente nos manuais de Direito Administrativo, que diferenciam as diversas modalidades de uso privativo de bens públicos, explicando que a concessão de uso de bem público possui maior estabilidade e oferece maior segurança jurídica do que a autorização de uso e a permissão de uso de bem público.

6 MARQUES NETO, 2009, p. 352.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 269.

peças jurídicas de direito público ou privado instituídas pelo Estado, mas não vinculados a uma finalidade coletiva.⁸

No caso de bens públicos em sentido estrito, classificados pelo artigo 99 do Código Civil como de bens de uso comum e bens de uso especial, incide a exigência de exploração privada conforme o interesse público. Esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a concessão de uso consiste na modalidade mais adequada para os usos normais, exercidos em consonância com a finalidade precípua a que o bem está afetado.⁹ Já no que toca aos bens não afetados a uma finalidade pública, classificados pela legislação privada como bens dominicais, a concessão de seu uso implica a exploração privada do bem, com benefício público secundário.

Com esse raciocínio, é possível consignar que o contrato de concessão de uso de bem público assemelha-se, em um caso, ao contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública; e, em outro caso, ao contrato de locação.¹⁰ Mas há diferenças evidentes.

A concessão de uso de bem público difere da concessão de serviço público precedida de obra pública porque nesta não há exigência de construção ou reforma do bem pelo agente privado, bem como a atividade econômica a ser explorada nem sempre é qualificada como serviço público. Já em relação ao contrato de locação, a concessão de uso diferencia-se justamente pela exigência incidente sobre o agente privado

8 MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21 e 106. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2017/08/Teoria-juridica-da-privatizacao.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. **Cadernos da FUNDAP**, São Paulo, ano 9, n. 17, 1989, p. 63.

10 A comparação, clássica na doutrina, foi retomada por Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA em recente obra sobre a nova lei de licitações. Sobre o tema, conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 14.

de cumprir, ainda que secundariamente, alguma finalidade de interesse público. Portanto, ainda que a comparação seja útil como exercício para a compreensão do tema, não é suficiente para a definição dos dois regimes jurídicos da concessão de uso de bem público.

Por conseguinte, é possível reconhecer a natureza constitutiva da concessão de uso de bem público, à medida que, por seu intermédio, o concedente outorga ao concessionário poderes e deveres distintos daqueles que lhe incumbe exercer. Daí que o caráter contratual da concessão de uso de bem público permite, mediante acordo de vontades, a fixação das condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, prazo e regime remuneratório.¹¹

Nesse cenário, a definição das diretrizes de cada contrato de concessão de uso de bem público depende das nuances do caso concreto, sendo que o tema deve ser disciplinado por cada ente federativo, no exercício de sua autonomia política e capacidade de auto-organização, representadas no caso pela competência para gerenciar seus próprios bens e serviços de interesse público.¹²

3. CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS NA LEI

Alinhada à compreensão acima descrita, a ainda vigente Lei nº 8.666/93 não disciplina os contratos de concessão de uso de bem público. Tal ato normativo delimita, já no artigo 1º, o âmbito de sua aplicação aos contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações.

A referência às concessões na Lei nº 8.666/93 encontra-se traçada apenas em seu artigo 2º, que relaciona todos os objetos acima mencionados

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109 e 111.

12 MARQUES NETO, 2009, p. 351.

e inclui as concessões (em sentido amplo, sem especificação da espécie), ocasião em que fixa a exigência de prévio processo licitatório quando de tal contratação com terceiros.

Tal previsão é relevante, já que o texto constitucional não traz exigência expressa de licitação nas concessões de uso de bem público. Isso porque tal modalidade contratual não se encontra relacionada nos dois dispositivos constitucionais que tratam do tema. O artigo 37, inciso XXI da Constituição exige licitação prévia à celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações, enquanto o artigo 175 da Constituição exige processo licitatório para a celebração de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

Não obstante, conforme Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a possibilidade de contratos de concessão de uso gerarem receita ou vantagens indiretas aos contratantes viabiliza a competição entre interessados e exige a promoção de licitação para uso do bem.¹³ Nessa linha, justifica-se a previsão da Lei nº 8.666/93, ao exigir a realização de prévio processo licitatório.

No que toca ao ordenamento jurídico dos Estados membros, o panorama não é muito diferente. As leis estaduais de licitações e contratos que fazem referência à concessão de uso de bem público o fazem de modo parcial. Tratam, sobretudo, da exigência de licitação, mas não disciplinam outros temas como finalidade do ajuste, prazo máximo e forma de remuneração dos contratantes. A análise da legislação estadual que trata do tema, conforme metodologia acima exposta, demonstra tal cenário.

No Estado da Bahia, o artigo 45 da Lei Estadual nº 9.433, de 01 de março de 2005, disciplina de forma específica a concessão de uso de bem público, estabelecendo a possibilidade de outorga de uso de bem em caráter gratuito ou remunerado, com prazo determinado, precedida de licitação na

13 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

modalidade concorrência.

Em sentido próximo, no Paraná, a Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007, faz menção à concessão de uso em seu artigo 43, inciso II, para prever, também, a concorrência como modalidade licitatória obrigatória para a celebração de tal contrato.

Já no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 13.191, de 30 de junho de 2009, prevê que a modalidade licitatória a ser adotada para concessões de uso é o pregão eletrônico, e o critério de julgamento deve ser o de maior oferta.

Por fim, no Estado de Goiás, o artigo 2º da Lei Estadual nº 17.928, de 27 de dezembro de 2012, define concessão de uso de bem público como o “contrato administrativo, precedido de licitação, pelo qual a administração acorda com o particular a utilização ou exploração exclusiva de bem público”. Além disso, a lei goiana estabelece que a outorga de uso poderá ocorrer em caráter gratuito ou remunerado, com prazo determinado e precedida de licitação na modalidade adequada conforme limites de valores estabelecidos na lei (artigo 37).

Nota-se que a exigência de licitação constitui previsão comum nas legislações estaduais sobre o tema. Não obstante, não há unicidade na definição da modalidade de licitação a ser utilizada.

O Tribunal de Contas da União – TCU já teve a oportunidade de se debruçar sobre tal questão. Nos julgados sobre o tema, o órgão de controle analisou contratos de concessão de uso de áreas comerciais de aeroportos e concluiu pela modalidade pregão como a mais vantajosa no que diz respeito à eficiência, transparência e competitividade do certame.¹⁴

14 TCU. Representação 011.355/2010-7. Acórdão nº 2.844/2010-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão 27/10/2010. Tal entendimento se manteve na jurisprudência do TCU, à exemplo do Acórdão nº 2.050/2014-Plenário, Acórdão nº 478/2016-Plenário e Acórdão nº 2.666/2017-Plenário.

No entanto, o posicionamento adotado pelo TCU teve como objeto a concessão de bens cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente previstos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1º, da Lei Federal nº 10.520/02. É dizer: em se tratando de um bem comum, pode-se adotar a modalidade pregão na concessão de uso. Não obstante, tal solução não pode ser adotada em contratos de maior complexidade e monta, em especial em relação a bens voltados a uma finalidade pública de alta complexidade, como é o caso, por exemplo, de unidades de saúde.

Pode-se concluir desse panorama, portanto, que não havia tratamento pormenorizado da concessão de uso de bem público na legislação nacional e estadual. Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União volta-se apenas à concessão de uso de bens destinados à exploração econômica pelo agente privado.

A Nova Lei de Licitações, diversamente de sua antecessora, prevê de forma expressa sua aplicabilidade às concessões de uso de bens públicos. Não obstante, não há na nova lei regramento específico a respeito do tema, mas mera inclusão expressa das concessões de uso de bem público em seu âmbito de incidência material. Não por outro motivo, Marçal Justen Filho sustenta que as concessões de uso de bem público não se sujeitam à Lei nº 14.133/21 na mesma extensão que as demais espécies contratuais.¹⁵

Isso ocorre porque o legislador não teve nenhuma preocupação com a disciplina jurídica da concessão de uso de bem público na Lei nº 14.133/21. Seu texto é ora insuficiente, ora omissivo no que toca à disciplina dos contratos de concessão de uso de bem público, os quais demandam soluções não tratadas na Nova Lei de Licitações. A análise dos parâmetros normativos traçados pela nova lei acerca, por exemplo, da modalidade de licitação cabível, do prazo máximo da avença e forma de remuneração do contratante no contrato de concessão de uso de bem público demonstram tal descompasso.

15 JUSTEN FILHO, 2021, p. 69.

Quanto à modalidade de licitação, a nova lei admite, em tese, a concorrência e o pregão para a celebração de contratos de concessão de uso. A escolha da modalidade licitatória compete à Administração Pública e, como visto, a utilização do pregão se limita à concessão de bens e serviços comuns, enquanto a concorrência é adequada para concessão de bens que não possuem características usuais de mercado.

No que diz respeito ao prazo, a Nova Lei de Licitações traz um escalonamento conforme as características do contrato em questão. Caso haja prestação de serviços contínuos, a vigência é de até 5 (cinco) anos, prorrogáveis até 10 (dez) anos. O mesmo prazo decenal é previsto para contratos que gerem receita ou economia para a Administração. Além disso, os contratos que gerem receita ou economia para a Administração, com investimento, que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes realizadas às custas do particular contratado e revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato podem vigor por até 35 (trinta e cinco) anos.

Acerca da remuneração, a Lei nº 14.133/21 limita-se a estabelecer regras de pagamento aplicáveis aos contratos de fornecimento de bens, locações, prestações de serviços e realização de obras. A omissão da lei em relação à remuneração paga ou recebida pelo concessionário de um bem público configura evidente lacuna normativa.

Pode-se concluir, assim, que nos termos da disciplina da Nova Lei de Licitações, tem-se, em tese, (i) a aplicabilidade da licitação na modalidade pregão ou concorrência (conforme a natureza do bem em questão), (ii) prazo contratual de 10 (dez) a 35 (trinta e cinco) anos, conforme as peculiaridades do ajuste, (iii) e ampla liberdade para definição do modelo remuneratório, que sequer é referido na lei para os contratos de concessão de uso de bem público. Além disso, a omissão é plena quanto à natureza e finalidade do ajuste.

Diante desse cenário, mantém-se o quadro anterior, segundo o qual tais definições podem ser objeto de regulamentação por cada ente federativo – através de lei, decreto ou cláusula contratual. Ainda que

tenha havido algumas novidades, a hipótese de superação do antigo quadro normativo das concessões de uso pela Nova Lei de Licitações não se demonstra verdadeira.

4. A CONCESSÃO DE BENS PÚBLICOS PARA USO COMO HOSPITAIS

Traçado o panorama normativo prévio e posterior à Lei nº 14.133/21, resta avaliar se há espaço para a adoção da concessão de uso de bem público tendo como objeto unidades hospitalares, em especial aquelas nas quais o particular destine parcela de leitos ao SUS como contrapartida à Administração Pública.

Retomando o raciocínio desenvolvido em item precedente, pode-se consignar que, se um terreno na zona urbana de um município pode ser dado em concessão para a operação de um estacionamento privado, se uma sala comercial em um aeroporto pode ser dada em concessão para exploração de um restaurante, é também possível que um terreno ou prédio não utilizado por um ente federativo possa ser dado em concessão para exploração de serviços de saúde.

Esta primeira hipótese amolda-se a uma das modalidades de concessão de uso de bem público tratadas acima, qual seja, a concessão de bens estatais não afetados a uma finalidade pública. A exploração do bem, em tais hipóteses, dá-se conforme o interesse privado, desde que haja também a consecução de uma finalidade pública. No caso, o interesse privado corresponde à cobrança pelos serviços e a finalidade pública corresponde à atuação na área da saúde, setor qualificado pelo artigo 197 do texto constitucional como um serviço de relevância pública.

Outra hipótese refere-se ao caso da concessão de uso de um hospital, ou seja, de um bem público vinculado à uma finalidade pública consubstanciada no atendimento hospitalar. Neste caso, o bem é público em sentido estrito, originariamente afetado a uma finalidade pública e submetido

ao regime jurídico da prestação de serviços de saúde ao SUS.¹⁶ Tal regime, como se sabe, é marcado pela incidência dos princípios do serviço público,¹⁷ bem como dos princípios setoriais da saúde pública – em especial o acesso igualitário, universal e gratuito.

Neste segundo caso, não há viabilidade jurídica de trespasse de um hospital público por concessão de uso à exploração da iniciativa privada. A compreensão deste entendimento decorre da correta interpretação do regramento constitucional que define as hipóteses de prestação privada de serviços públicos de saúde, trazido pelos artigos 197 e 199, parágrafo primeiro da Constituição de 1988.

O artigo 197 prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e que sua execução pode ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Nesse passo, restam evidenciadas duas possibilidades de atuação no setor de saúde: (i) a prestação de serviços públicos de saúde pela Administração Pública (“diretamente”) ou por um ente privado parceiro (“através de terceiros”); e (ii) a prestação de serviços privados de saúde por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (saúde suplementar e medicina privada).

Em ambos os casos os serviços possuem relevância pública, sendo que na primeira hipótese está-se diante de verdadeiro serviço público social e, na segunda hipótese, está-se diante de um mero serviço de relevância pública.¹⁸

16 A Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, trata o tema, dispondo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública.

17 Nos termos do art. 4º da Lei nº 13.460/17, “os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”.

18 Importante destacar que os serviços públicos sociais são espécies de serviços de relevância pública nos quais o Poder Público tem o dever de prestação e não meramente de fomento. Sobre o tema, conferir: MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 232-234.

Em relação à prestação de serviços públicos de saúde por um agente privado parceiro, o ordenamento jurídico pátrio prevê duas modalidades contratuais: (i) a concessão administrativa, disciplinada pela Lei nº 11.079/04; e (ii) o contrato de gestão, disciplinado na esfera federal pela Lei nº 9.637/98. Em ambas as hipóteses é possível o trespasse de uma estrutura pública para que um agente privado (com e sem fins lucrativos) explore uma estrutura pública com a finalidade de prestar um serviço público de saúde. Em tais casos, o regime jurídico dos serviços públicos de saúde deve ser, evidentemente, o regime público – com observância da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso.

Portanto, se o trespasse do uso de um hospital à iniciativa privada exige a observância de sua exploração segundo a afetação originária do bem e, sendo ela a prestação de um serviço público de saúde, o regime concessório deve ser o mesmo. Além disso, havendo um serviço público, o trespasse de sua prestação (regime do serviço) predomina sobre o mero trespasse da exploração do bem (regime do bem). Assim, na hipótese de transferência da gestão de um hospital para a iniciativa privada, pode ser adotada uma das duas modalidades de ajuste acima referidas.¹⁹ Isso não significa, contudo, que um hospital não possa ser desafetado de sua finalidade para subsequente concessão de uso. Não obstante, há que existir, no caso, justificativa para tal desafetação, o que demanda autorização legislativa.²⁰

19 Há experiências no Brasil em que se adotou a conjugação da concessão administrativa (para construção e equipagem do hospital, bem como o gerenciamento das atividades de apoio) com o contrato de gestão (para o gerenciamento dos serviços médicos). Dentre eles, pode-se mencionar o Hospital Delphina Aziz, no Amazonas, e os hospitais regionais de São José dos Campos e Sorocaba, em São Paulo.

20 Ainda que algumas leis e constituições estaduais exijam lei em sentido formal autorizando a concessão de uso de todos os bens públicos, do ponto de vista lógico-jurídico tal exigência apenas se justifica para os casos em que deve haver prévia desafetação do bem para seu trespasse a um agente privado. Rememore-se, nesse sentido, que não há muito tempo havia previsões normativa de autorização legislativa para a celebração de convênios – o que hoje são como um disparate.

Já o segundo dispositivo constitucional que prevê a prestação privada de serviços públicos de saúde encontra-se veiculado no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal. Segundo ele, a iniciativa privada pode participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste.

Nesta hipótese não há, portanto, o mero trespasse da execução de um serviço público prestado em uma estrutura pública, como prevê o artigo 197 ao falar da prestação por terceiros. Aqui, o texto constitucional refere-se à contratação de instituições privadas, que prestam serviços privados, para que elas ofertem atendimento também ao SUS. Esta hipótese é regulamentada pelo artigo 24 da Lei nº 8.080/90, segundo o qual o SUS pode recorrer a serviços ofertados pela iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área.

Neste caso, o regime jurídico de prestação dos serviços complementares ao SUS contratados junto à iniciativa privada não corresponde ao regime jurídico dos serviços públicos de saúde. É dizer: apenas e tão somente em relação aos atendimentos prestados ao SUS é que incidem os princípios da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso. A entidade privada que atua de forma complementar ao SUS tem aptidão, portanto, para realizar atendimentos para público restrito, mediante pagamento, tanto no âmbito da saúde suplementar, quanto da medicina privada. Essa é a participação privada ‘complementar’ ao SUS.

Os vínculos previstos pela Constituição para a participação privada complementar são expressamente referidos pelo dispositivo ora analisado, que menciona o contrato de direito público e o convênio.²¹ Nesse plano, tanto os vínculos de natureza convenial – à exceção do contrato de gestão,

21 Sobre a atual distinção entre contratos e convênios no ordenamento brasileiro, conferir: MODESTO, Paulo. Prefácio. *In*: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.013/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 17-27.

conforme acima analisado –, quanto os contratos disciplinados pela Lei nº 14.133/21 podem ser usados para a complementação de serviços públicos de saúde pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos.²²

Assim, parece ser indene de dúvidas a possibilidade – agora expressa no texto na Nova Lei de Licitações – de adoção da concessão de uso de bem público para que uma estrutura estatal não afetada a um fim público seja destinada à prestação de serviços de saúde à população. Afinal, mesmo a saúde suplementar e a medicina privada são qualificadas como serviços de relevância pública, o que justifica a concessão de uso de bens estatais.

Nesse quadro, considerando que a concessão de uso possui dupla finalidade, o Poder Público poderá, ainda, reforçar a finalidade pública da concessão, exigindo do concessionário a oferta de determinado percentual de atendimento ao SUS. Trata-se do modelo conhecido como ‘dupla porta’, em que convivem em uma mesma unidade hospitalar tanto o atendimento público e gratuito (remunerado conforme política do SUS), quanto o atendimento privado (saúde suplementar e medicina privada). A vantagem de tal modelo, comumente adotado por hospitais filantrópicos conveniados e hospitais privados contratualizados com SUS, corresponde à obtenção de receitas privadas que colaboram com a sustentabilidade da unidade hospitalar. Afinal, em especial nos municípios de pequeno e médio porte, comumente (i) há demanda por saúde suplementar e medicina privada e (ii) não há orçamento para a manutenção de um hospital 100% (cem por cento) público.

Tal modelo conta com algumas iniciativas em curso no país, como nos municípios de Cubatão (SP) e Santa Mariana (PR) e, mais recentemente, no Estado de Minas Gerais (hospitais localizados nos municípios de Governador Valadares e Teófilo Otoni).

No caso de Minas Gerais, o Poder Público motivou a escolha do modelo pela predominância do interesse público, já que foi a concessão de uso

22 A preferência, conforme previsão expressa do texto constitucional, é pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

de bem público, conforme estudos realizados pela Secretaria de Estado de Saúde, que apresentou o menor custo e a maior eficiência hospitalar. Segundo a Secretaria de Saúde mineira, tal contrato representa o modelo mais sustentável, ao possibilitar uma estratégia de multifinanciamento, apta a permitir a independência do hospital em relação ao financiamento exclusivo pelo Poder Público.²³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível o ideal universalizante que permeia a Nova Lei de Licitações, a qual busca reunir em um único diploma normativo todo o regramento sobre as diversas modalidades de licitações e de contratos administrativos. Mais do que isso. A nova lei traz a pretensão de disciplinar o tema de modo uniforme em todos os entes federativos brasileiros. Não obstante, a tentativa de tratamento minucioso e detalhado de diversos temas, de um lado, viola a natureza dos diversos ajustes supostamente por ela disciplinados, os quais não receberam o devido regramento; e, de outro, extravasa a esfera da competência federal para editar normas gerais sobre licitações e contratações administrativas. É o que ocorre com a concessão de uso de bem público.

A promessa de incidência e regramento das concessões de uso de bem público, com eventual superação do regime normativo construído em sede doutrinária, não se confirma. A análise da doutrina e da legislação dos entes federados sobre o tema, à luz da referência expressa circunstancial e da disciplina genérica trazida pela nova lei, comprova tal conclusão.

A disciplina legal das concessões de uso segue, portanto, a orientação consolidada na esfera doutrinária, que indica a interpretação sistemática

23 Termo de Referência anexo ao Edital de Concorrência Pública/SES/MG nº 02/2021 – Concessão de uso de bem público imóvel. Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/ArquivosLicitacoes/SEPLAG/consultaspublicas/edital-concessao-hrto-18-06-2021.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

do ordenamento jurídico, com aplicação, da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93, em fase de substituição pela Lei nº 14.133/21), complementada pela legislação de cada ente federativo.

A adoção da concessão de uso de bem público com vistas à implantação de unidades hospitalares tem se tornado realidade no Brasil, ante a necessidade pela expansão do atendimento de saúde à população, somada à falta de capacidade gerencial estatal e ausência de recursos públicos para manutenção de hospitais integralmente públicos.

A aferição da constitucionalidade de tais iniciativas – uma vez compreendida a natureza, finalidade e regramento da concessão de uso de bem público – demanda a adequada interpretação dos artigos 197 e 199, parágrafo primeiro, da Constituição.

Nos termos do artigo 197 da Constituição, o trespasse de unidades hospitalares para a gestão privada, configura mera prestação de serviços públicos por terceiros, segundo o mesmo regime incidente sobre a prestação estatal, em especial a observância da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso. Os modelos de ajustes previstos no ordenamento brasileiro para tanto são a concessão administrativa e o contrato de gestão.

Já a transferência de um bem desafetado a uma finalidade pública para sua exploração por um agente privado atrai a incidência do regime privado sobre a prestação dos serviços ou, então, de um regime misto, no qual pode haver prestação serviços em parte privada (saúde suplementar e medicina particular) e em parte direcionada ao SUS. Os modelos existentes na ordem jurídica pátria para tanto são os convênios, os termos de colaboração, termos de fomento, termos de parceria, os contratos administrativos e os contratos de concessão de uso de bem público.

Assim sendo, com fundamento no artigo 199, parágrafo primeiro da Constituição, nos termos do raciocínio acima desenvolvido, é cabível a concessão de uso para a exploração privada de hospitais, com atendimento SUS e atendimento privado (sistema “dupla porta”). Tal possibilidade depende, contudo, da natureza originária do bem, que não

pode estar afetado à finalidade hospitalar. Caso seja essa a realidade, necessária autorização legislativa prévia, com discussão pública acerca da conveniência e oportunidade da alteração do regime jurídico de prestação dos serviços de saúde.

Transformar hospitais públicos em bens estatais dados em concessão para exploração em regime privado pode configurar verdadeiro retrocesso social, vedado por princípio implícito da Constituição de 1988. No entanto, aproveitar construções e terrenos não utilizados ou subutilizados para a instalação de serviços de saúde, com atendimento SUS, talvez seja um caminho rumo à efetiva universalização dos serviços de saúde no Brasil. Cabe a cada ente federativo, no exercício de suas competências e com base em suas atribuições perante o SUS, definir, com discussão pública no Poder Legislativo, o melhor destino a seus bens e a forma mais eficiente de prover saúde à população. A Nova Lei de Licitações mantém a viabilidade jurídica do modelo, como já acontecia antes de sua promulgação.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público**. Cadernos da FUNDAP, São Paulo, ano 9, n. 17, 1989, p. 63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109 e 111.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 70.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21 e 106. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2017/08/Teoria-juridica-da-privatizacao.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 347.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 269.

MINAS GERAIS. Edital de Concorrência Pública/SES/MG nº 02/2021. Concessão de uso de bem público imóvel. Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/ArquivosLicitacoes/SEPLAG/consultaspublicas/edital-concessao-hrto-18-06-2021.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MODESTO, Paulo. Prefácio. *In*: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.013/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 17-27.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 14.

TCU. Representação 011.355/2010-7. Acórdão nº 2.844/2010-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão 27/10/2010.