

A concessão de uso de bem público e seu cabimento para hospitais

The concession for use of public property in the new bidding law and its application for hospitals

Fernando Borges Mânicá

Advogado especializado em terceiro setor, saúde e parcerias.

Procurador do Estado. Doutor em Direito pela USP.

Coordenador da 3COMPLY Consultoria e Treinamento em Conformidade no Terceiro Setor.

Sumário

1. Introdução. 2. Concessão de uso de bens públicos na doutrina. 3. Concessão de uso de bens públicos na lei. 4. A concessão de bens públicos para uso como hospitais. 5. Considerações finais. Referências.

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 Lei n. 14.133/21. 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; 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 Law n. 14.133/21. Based on this analysis, the work assesses the suitability and criteria to be observed for the concession for use of hospital units.

Keywords: Concession for the use of public goods; Bidding law; Hospitals.

1. Introdução

Além de racionalizar e sistematizar os diversos diplomas normativos sobre licitações e contratos administrativos, a Lei de Licitações – Lei n. 14.133/21 – trouxe uma série de inovações. Uma das novidades refere-se à previsão expressa de incidência dos ditames da lei sobre os contratos de concessão de uso de bem público, tal qual prevê seu artigo 2º, inciso IV.¹

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 a transferência de hospitalais à exploração pela iniciativa privada. O estudo justifica-se pela escassez de estudos sobre o tema possíveis para o acesso ao tratamento, sem olvidarmos as limitações, inclusive orçamentárias, do Sistema Único de Saúde (SUS).

O objetivo principal deste trabalho científico consiste em examinar, sob uma perspectiva crítica e interdisciplinar, as políticas públicas direcionadas ao enfrentamento das necessidades dos pacientes com doenças raras, no Brasil. Para tanto, foi realizada uma revisão normativa e doutrinária, com ênfase na análise das políticas públicas instituídas em nosso país, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente os Temas 6 e 1234 de Repercussão Geral, com o intuito de identificar as principais barreiras institucionais, jurídicas e assistenciais, tudo adotando como métodos de pesquisa a análise qualitativa revisional da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, sem nos afastarmos dos fenômenos sociais que envolvem as políticas públicas em torno do atendimento às pessoas com doenças raras. 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.

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 antiga regulamentação dada pela Lei n. 8.666/93 e a legislação dos Estados-membros sobre o tema. Em seguida são mensurados os principais impactos da Lei n. 14.133/21 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.² Configura, portanto, a hipótese de outorga de uso que confere maior segurança jurídica ao particular e à Administração Pública

¹Art. 2º Esta Lei aplica-se a: (...) IV - concessão (...) de uso de bens públicos;

²JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 70.

contratante, dada sua natureza contratual.³ 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 ao privado concessionário uma intensa e duradoura relação jurídica que tem como objeto o bem concedido.⁴

No que toca a 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.⁵

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.⁶

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 pessoas jurídicas de direito público ou privado instituídas pelo Estado, mas não vinculados a uma finalidade coletiva.⁷

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 afetado⁸. 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

³MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 347. ⁴Tal 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.

⁵MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públícos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 352.

⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 269.

⁷MÂNICA, 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. 2024.

⁸DI 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.

pública; e, em outro caso, ao contrato de locação⁹. 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 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 remuneratório¹⁰.

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 público¹¹. De qualquer modo, a distinção entre bens afetados (uso comum e especial) e bens dominicais é determinante para definir se a concessão terá finalidade predominantemente pública ou predominantemente privada.

3. Concessão de uso de bens públicos na lei

Alinhada à compreensão acima descrita, a antiga Lei n. 8.666/93, revogada em 2021, não disciplinava expressamente os contratos de concessão de uso de bem público. Tal ato normativo delimitava, já no artigo 1º, o âmbito de sua aplicação aos contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações.

A referência às concessões na Lei n. 8.666/93 encontrava-se traçada apenas em seu artigo 2º, que relacionava todos os objetos acima mencionados e incluía as concessões (em sentido amplo, sem especificação da espécie), ocasião em que fixava a exigência de prévio processo licitatório quando de tal contratação com terceiros.

Tal previsão era 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

⁹A comparação, clássica na doutrina, foi retomada por Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA, em recente obra sobre a 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.

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109 e 111.

¹¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 351.

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 bem¹². Nessa linha, justificava-se a previsão da Lei n. 8.666/93, ao exigir a realização de prévio processo licitatório.

No que toca ao ordenamento jurídico dos Estados-membros, o panorama não era muito diferente. As leis estaduais de licitações e contratos que faziam referência à concessão de uso de bem público o fazem de modo parcial. Tratavam, sobretudo, da exigência de licitação, mas não disciplinavam 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 n. 9.433, de 01 de março de 2005, disciplinava 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 modalidade concorrência.

Em sentido próximo, no Paraná, a Lei estadual n. 15.608, de 16 de agosto de 2007, fazia 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 n. 13.191, de 30 de junho de 2009, previa 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 n. 17.928, de 27 de dezembro de 2012, definia 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 estabelecia 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 (art. 37).

Nota-se que a exigência de licitação constituía previsão comum nas legislações estaduais sobre o tema. Não obstante, não havia 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 certame¹³.

¹²MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67.

¹³TCU. Representação 011.355/2010-7. **Acórdão n. 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 n. 2.050/2014-Plenário, Acórdão n. 478/2016-Plenário e Acórdão n. 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 n. 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 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 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 n. 14.133/21 na mesma extensão que as demais espécies contratuais¹⁴.

Isso ocorre porque o legislador não teve nenhuma preocupação com a disciplina jurídica da concessão de uso de bem público na Lei n. 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 pela Lei de Licitações. A análise dos parâmetros normativos traçados pela 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.

Quanto à modalidade de licitação, a 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 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 viger por até 35 (trinta e cinco) anos.

Esses prazos não são específicos para contratos de concessão de uso, mas aplicam-se apenas se a concessão de uso se enquadrar em uma dessas categorias contratuais descritas pela lei.

Acerca da remuneração, a Lei n. 14.133/21 limita-se a estabelecer regras de pagamento aplicáveis aos contratos de fornecimento de bens, locações, prestações de serviços e realização de

¹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 69.

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 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 Lei de Licitações não se demonstra verdadeira.

3. A concessão de bens públicos para uso como hospitais

Traçado o panorama normativo prévio e posterior à Lei n. 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 utilizados por um ente federativo possa ser dado em concessão para exploração de serviços de saúde.

Esta primeira hipótese amolda-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 SUS¹⁵. Tal regime, como se sabe, é marcado pela incidência dos princípios do serviço público, bem como dos princípios setoriais da saúde pública – em especial o acesso igualitário, universal e gratuito.

¹⁵A Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017 trata o tema, dispendendo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

¹⁶Nos termos do art. 4º da Lei n. 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”.

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 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 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 n. 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 utilizados por um ente federativo possa ser dado em concessão para exploração de serviços de saúde.

Esta primeira hipótese amolda-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 SUS¹⁵. Tal regime, como se sabe,

¹⁵Importante 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, Fernando Borges; MENEGRAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 232-234. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2017/08/Teoria-juridica-da-privatizacao.pdf>. Acesso em 11 jan. 2024. ¹⁸Há 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.

é marcado pela incidência dos princípios do serviço público¹⁶, bem como dos princípios setoriais da saúde pública – em especial o acesso igualitário, universal e gratuito.

Neste segundo caso, não há viabilidade jurídica de trespasso 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 pública¹⁷.

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 n. 11.079/04; e (ii) o contrato de gestão, disciplinado na esfera federal pela Lei n. 9.637/98. Em ambas as hipóteses é possível a transferência 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 trespasso 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, a transferência de sua prestação (regime do serviço) predomina sobre a mera transferência 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 referidas¹⁸. Isso não significa, contudo, que um hospital não possa ser desafetado de sua finalidade para subsequente concessão de uso. A desafetação, todavia, somente pode ocorrer mediante lei formal e demonstração clara da conveniência e oportunidade, sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

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 do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste.

¹⁶Sobre 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.

¹⁷A preferência, conforme previsão expressa do texto constitucional é pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Nesta hipótese não há, portanto, a mera transferência 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 n. 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 convênio¹⁹. Nesse plano, tanto os vínculos de natureza convenial – à exceção do contrato de gestão, conforme acima analisado –, quanto os contratos disciplinados pela Lei n. 14.133/21 podem ser usados para a complementação de serviços públicos de saúde pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos²⁰.

Assim, parece ser indene de dúvidas a possibilidade – agora expressa no texto na 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.

5. Considerações finais

É perceptível o ideal universalizante que permeia a 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 Lei n. 14.133/21 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 Lei de Licitações, comprova tal conclusão.

A disciplina legal das concessões de uso segue, portanto, a orientação consolidada na esfera doutrinária, que indica a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com aplicação, da Lei Geral de Licitações (Lei n. 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 trespasso 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 a prestação de tais serviços são os convênios, os termos de colaboração, termos de fomento, termos de parceria, os contratos administrativos e, também, os contratos de concessão de uso de bem público. Considerando que a concessão de uso configura, em si, um instrumento de gestão patrimonial e não de disciplina jurídica dos serviços públicos, ela pode vir acompanhada de outro ajuste vinculado que discipline a prestação do serviços.

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. Daí ser necessária autorização legislativa prévia, com discussão pública acerca da conveniência e oportunidade da transferência daquele bem público para fins de prestação dos serviços de saúde.

Transformar hospitais públicos em bens estatais dados em concessão para exploração em regime privado pode configurar grave retrocesso social, especialmente à luz da proteção constitucional ao mínimo existencial em saúde. 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 Lei 14.133/2021 preserva — e reforça — a possibilidade jurídica da concessão de uso para implantação de serviços de saúde em bens não afetados.

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-privado 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. 2024.
- 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.
- 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 licitaçãoe 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 n. 2.844/2010-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão 27/10/2010.