

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito
Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas

ALISSON SANTOS DE ALMEIDA

**O CREDENCIAMENTO PÚBLICO CONSTANTE DA LEI Nº
14.133/2021 E A REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA SAÚDE
COMPLEMENTAR**

*THE PUBLIC ACCREDITATION PROVIDED IN LAW No. 14.133/2021 AND THE DISCRETIONARY
REGULATION OF COMPLEMENTARY HEALTH*

Brasília
2023

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito
Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas

**O CREDENCIAMENTO PÚBLICO CONSTANTE DA LEI Nº
14.133/2021 E A REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA SAÚDE
COMPLEMENTAR**

Autor: Alisson Santos de Almeida

Orientador: Prof. Dr. Márcio Lório Aranha

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de Direito e Regulação.

Brasília, 22 de maio de 2023.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ALISSON SANTOS DE ALMEIDA

O credenciamento público constante da Lei Nº 14.133/2021 e a regulação discricionária da saúde complementar.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 22 de maio de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Lório Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof^a. Dr^a. Sandra Mara Campos Alves
(Membro)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Membro)

Prof. Dr. Henrique Araujo Costa
(Suplente)

Agradecimentos

Cinco grupos de pessoas foram extremamente importantes na caminhada até aqui.

O primeiro grupo é a minha família. Portanto, agradeço à minha esposa Quézia Carvalho pela compreensão e pelas inúmeras vezes que supriu a minha ausência nos cuidados com o nosso recém-nascido filho Antônio Felipe, entre outras demandas. Aos meus pais (Berenice e Josias) pelo incentivo ininterrupto desde a graduação e a minha irmã (Rebeca Emília) pelo seu notável exemplo de vida na missão de ensinar pessoas.

O segundo grupo é formado pelos meus colegas de Trabalho do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo imprescindível agradecer também à Excelentíssima Ministra Maria Tereza, ao Dr. Alexandre Fabri e ao meu chefe imediato e grande amigo Dr. Rodrigo Campos. A concessão da licença capacitação foi fundamental para que o presente trabalho fosse desenvolvido. Ainda neste segundo grupo, agradeço ao Dr. Marcondes de Araújo Silva que honrosamente me substituiu durante a licença capacitação, esta parceria é motivo de grande alegria.

O terceiro grupo é formado pelos colegas de mestrado, com os quais tive grande aprendizagem. Não sendo possível nominar todos, faço meus agradecimentos nas pessoas dos colegas Tiago Irber e Prinscília Mourão.

No quarto grupo, quero agradecer aos professores da Universidade de Brasília (UnB) que nesta fase avançada da vida escolar conseguiram me fazer ver o mundo de outra maneira. Vocês cumpriram com excelência a sua missão. Fica aqui o meu agradecimento especial ao professor Prof. Dr. Márcio Lório Aranha pela orientação, pela notável sabedoria e pela singular humildade.

Por fim, mas não menos importante, neste quinto grupo, agradeço às pessoas que me presentearam com inspiração e incentivo, desde a seleção até aqui: Pr. João Adair, Pr. Cleiton Mariano, Pr. Luciano Zanzoni, Pr. Abraão Ferreira, Pr. Harbety Carvalho, André Luiz, Nilton Vieira, Jamilton Lima, Renato Amorim e Jessyca Pozzi. *“A palavra convence, o exemplo arrasta”* (Confúcio).

Deus é bom!

FICHA CATALOGRÁFICA

SA414c Almeida, Alisson Santos de
O Credenciamento Público constante da Lei Nº 14.133/2021 e a regulação discricionária da saúde complementar / Alisson Santos de Almeida; orientador Márcio Lório Aranha. -- Brasília, 2023.

112p.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Credenciamento. 2. Regulação Discricionária. 3. Interesse Público. 4. Saúde Complementar. 5. LEI Nº 14.133/2021. I. Lório Aranha, Márcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Alisson Santos de. (2022). O credenciamento público constante da Lei nº 14.133/2021 e a regulação discricionária da saúde complementar. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 112p.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	13
1.1. Apresentação do Estudo	13
1.2. Justificativa da pesquisa.....	17
1.3. Teorias utilizadas neste estudo	18
1.4. Problema de pesquisa e hipótese	20
1.5. Limitações do estudo.....	20
1.6. Estrutura do estudo	21
2. CREDENCIAMENTO PÚBLICO	22
2.1. Conceito	22
2.2. Princípios do credenciamento público	24
2.3. Classificação e requisitos do credenciamento.....	27
2.4. Base legal.....	28
2.4.1. Lei nº 14.133/2021	28
2.4.2. Lei Estadual 9.433/2005 (Bahia)	29
2.5. Jurisprudência básica do credenciamento	31
2.6. Importância e vantajosidade do credenciamento	33
2.7. Questionamentos dos órgãos de controle	35
2.8. Como funciona o credenciamento na prática?	36
2.9. Quem faz credenciamento	37
2.10. Possibilidades de utilização do credenciamento público da Lei nº 14.133/2021 na área da saúde, para atendimento do SUS.	38
2.11. Distinção entre credenciamento e Sistema de Registro de Preços.....	38
2.12. Modalidades de contratação de serviços em saúde pública e corporativa.....	39
2.13. Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde	40
2.14. Exemplos de credenciamentos públicos ocorridos no Estado da Bahia para contratação de serviços complementares	41
2.14.1. Credenciamento de leitos de UTI.....	42
2.14.2. Remoção de pacientes em UTI aérea	43
2.14.3. Cirurgias cardíacas pediátricas.....	44
2.14.4. Captação de córneas para transplantes	44
2.14.5. Ortopedia e traumatologia.....	45
2.14.6. Prótese dentária.....	45
2.14.7. Oncologia.....	46

2.14.8.	Leitos de retaguarda	46
2.14.9.	Procedimentos oftalmológicos em unidade itinerante	47
2.14.10.	Mamografia em unidade itinerante.....	47
2.14.11.	Remoção de paciente em ambulância.....	48
2.14.12.	Outros credenciamentos	49
2.15.	Conclusão do Capítulo	49
3.	REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA.....	53
3.1.	Conceito de regulação.....	53
3.2.	Regulação e regulamentação.....	54
3.3.	A regulação e o Sistema Único de Saúde (SUS)	55
3.4.	Regulação da prestação de serviços complementares ao SUS	58
3.5.	Regulação Discricionária	60
3.5.1.	A regulação discricionária não é arbitrária	62
3.5.2.	Da classificação de Regulação Discricionária	63
3.5.2.1.	Regulação por preço-teto (price cap).....	63
3.5.3.	Diferença entre regulação discricionária e regulação contratual?.....	65
3.6.	Principais benefícios da utilização da teoria da regulação discricionária	66
3.7.	Falhas de mercado.....	67
3.8.	Externalidades.....	68
3.9.	A escolha do modelo regulatório (Regulação Discricionária) e sua relação com a Regulação Responsiva	68
3.10.	Conclusão do capítulo.....	72
4.	INTERESSE PÚBLICO	74
4.1.	Interesse público e as doutrinas socioeconômicas.....	74
4.2.	Teorias positivas da regulação	75
4.3.	Teorias da regulação.....	78
4.4.	Críticas ao princípio do interesse público.....	81
4.5.	Novos paradigmas do Direito Administrativo	83
4.6.	Credenciamento da Lei 14.133/2021 e interesse público.....	84
4.7.	O interesse público e regulação discricionária	86
4.8.	Conclusão do capítulo	89
5.	CONCLUSÃO	91
5.1.	Propostas de encaminhamentos	92
5.1.1.	Alteração da lei 14.133/2021 para especificar a possibilidade de contratação dos prestadores de serviços do SUS.	92

5.1.2. Criação da Agência Reguladora dos serviços complementares.	93
5.1.3. Atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde (2017).....	94
5.1.4. Criação de regras de atualização da Tabela SUS.	95
5.1.5. Portaria do Ministério da Saúde definindo a regulação discricionária como o modelo regulatório adotado para a prestação de saúde complementar.....	96
5.1.6. Capacitação dos gestores da saúde pública acerca da temática da regulação.....	96
5.1.7. Da oficialização dos encaminhamentos	96
5.2. Encerramento	97
BIBLIOGRAFIA	99
ANEXO 1 - SOLICITAÇÃO DE PROJETO DE LEI PARA ALTERAR A LEI DE LICITAÇÕES.....	106
ANEXO 1 – MINUTA DO PROJETO DE LEI.....	107
ANEXO 3 - OUTRAS SOLICITAÇÕES	110
ANEXO 4 - OFÍCIO Nº 011/GABINETE 571	111

Resumo

De acordo com a Constituição Federal as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS), segundo critérios e valores definidos pela Administração. A contratualização destes serviços acontece por meio do credenciamento público, não havendo até então uma definição oficial de modelo regulatório para regular a relação do Estado com estes prestadores. A regulação discricionária do tipo preço-teto se apresenta como um modelo adequado para a formalização da prática de precificação pelo Estado na área de saúde complementar, principalmente por conta da regra de revisão periódica de preços, fomento ao aumento da eficiência dos serviços com redução de custos e melhoria da qualidade de atendimento em observância ao princípio do interesse público.

Palavras-chave: Credenciamento, Regulação Discricionária, Interesse Público, Saúde Complementar, Preço-Teto.

Abstract

According to the Federal Constitution, private institutions may participate in a complementary way in the Unified Health System (SUS), according to criteria and values defined by the Administration. The contractualization of these services occurs through public accreditation, so far without an official definition of a regulatory model to regulate the State's relationship with these providers. The discretionary type of price cap regulation appears to be an appropriate model for formalizing the State's pricing practice in complementary health, especially due to the periodic price review rule, promotion of increased service efficiency with cost reduction and improvement of service quality, in accordance with the principle of public interest.

Keywords: Accreditation, Discretionary Regulation, Public Interest, Complementary Health, Price Cap.

Lista de Figuras

Figura 1 – Conjuntos de regulações feitas pelo Ministério da Saúde (MS) 44

Lista de Siglas e Abreviaturas

ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
Aneel	(Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Telecomunicações
ANATEL	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNES	Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CRC	Certificado de Registro Cadastral
FPO	Folha de Programação Orçamentária
MS	Ministério da Saúde
PCEP	Protocolo de Cooperação entre Entes Públicos
PNHOSP	Política Nacional de Atenção Hospitalar
PPI	Pactuação Programada Integrada
SCNES	Sistema do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do Estudo

Esta dissertação aborda o tema do credenciamento público disposto na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021) como modalidade de contratação para a regulação discricionária da rede de prestadores complementares ao Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), ao tratar da Ordem Social e, mais especificamente, da saúde pública, estabeleceu no art.196 a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença” (BRASIL, 1988).

Porém, o Ministério da Saúde encontrou diversos empecilhos de ordem econômica, jurídica e social para que o acesso universal e igualitário fosse implementado de pronto (DE PONTES, 2018), por isso, foi preciso inovar na implementação de políticas de contratação de prestadores e no gerenciamento dos serviços complementares de saúde.

Vale ressaltar que a CF/1988 estabeleceu ainda, no artigo 199, § 1º, que: *“as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio”* (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabeleceu no Capítulo II, ao tratar da participação complementar, que *“quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”* (BRASIL, 1990).

Por fim, a Lei nº. 8.080/1990 ainda estabelece que a participação complementar dos serviços privados será:

Formalizada mediante contrato ou convênio, observadas as normas de Direito Público e os critérios e valores para a remuneração de serviços bem como os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS)” (BRASIL, 1990).

Percebe-se, portanto, que as normas brasileiras reconheceram a necessidade de garantir o direito a saúde a todos, inclusive, com a participação de entidades privadas. O mote aqui é o interesse público, que ultrapassa o interesse dos prestadores e da própria Administração, sendo um grande desafio conciliar os anseios dos diversos atores envolvidos.

Note-se que, no ambiente econômico regular (ou ideal), as leis de mercado funcionam harmonicamente e demanda e oferta cuidam de contribuir para a determinação natural dos preços, de modo que a chamada “mão invisível do mercado” atua para que as relações sejam minimamente equilibradas.

Todavia, em alguns casos, especialmente situações de monopólios ou escassez de prestadores de serviços, é necessária a atuação do Estado para garantir, ou pelo menos contribuir, para que o mercado funcione.

A regulação é justamente essa ferramenta utilizada pelo Estado para simular o ambiente concorrencial, sendo necessário, portanto, interferir no mercado para propiciar a harmonia do sistema e, em última análise, o bem-estar social que foi mitigado pela instabilidade decorrente das falhas de mercado e suas externalidades negativas.

Deve-se observar, que o funcionamento do SUS é viabilizado por meio da atuação de diversos setores da sociedade, sendo que o grande custo da saúde causa diversas desassistências, pois a máquina estatal não tem capacidade instalada, isto é, não dispõe de estrutura física própria (recursos humanos e materiais) para atender sozinha aos princípios da universalidade e integralidade em plenitude, sendo necessária a participação da rede privada, seja ela filantrópica ou não, para complementar o serviço.

Entretanto, a contratação desta rede complementar não ocorre com a naturalidade desejada e, para resolver parte desse problema, o Ministério da Saúde criou vários incentivos à contratação dessas empresas privadas, ao ponto de o processo ser chamado de política de “contratualização”, que seria mais que contratar; seria efetivamente integrar interesses para propiciar uma atenção integral à saúde.

Não chega a ser uma total integração de interesses, como ocorre nos convênios e ajustes de cooperação técnica, que, em regra, são firmados entre entidades públicas, mas firmar um instrumento de contratualização significa acolher

as normas estatais assumindo o compromisso de integrar o sistema em seus princípios e finalidades.

É importante observar que, inicialmente, face a grande necessidade de dar acesso aos brasileiros a esta rede complementar, o SUS foi levado a “contratar” prestadores de forma extremamente simplificada, através da chamada Folha de Programação Orçamentária (FPO), ou seja, bastava que o interessado tivesse inscrição no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) que poderia solicitar à Secretaria de Saúde estadual ou municipal a execução dos serviços dispostos na Pactuação Programada Integrada (PPI) e, depois disso, bastaria apresentar a fatura dos serviços efetivamente executados, os quais seriam remunerados pela Tabela SUS, sem contrato e sem assunção de responsabilidades específicas, tornando a regulação extremamente precária.

Não havia uma relação contratual típica para regulamentar aquela prestação de serviço, inclusive, não havia garantias de que o prestador realmente iria executar aquele serviço, pois bastava que a demanda de serviços particulares ou até de planos de saúde aumentasse para que o prestador não atendesse os pacientes do SUS.

A convocação dos eventuais interessados se dava por meio de chamamento público geral e se enquadrava dentro da vaga hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da Lei 8.666/93 (REQUI, 2015), cujo rol de hipóteses é exemplificativo. Se trata de hipótese de inexigibilidade porque, em regra, o Estado tem a intenção de contratar o maior número de prestadores possível, pois a demanda é muito maior do que a capacidade que o universo de prestadores tem a oferecer (FERNANDES, 2003. p. 41).

Alguns estados, como Bahia, Paraná, Pernambuco e Goiás, por exemplo, possuem legislações estaduais de licitações nas quais se regulamenta o artigo 25 da Lei 8.666/93, criando a figura do Credenciamento Público, que nada mais é do que um chamamento muito mais organizado e marcado pela formalização de um contrato de prestação de serviços cujos preços são estabelecidos pelo contratante que regula a atividade (SILVA JÚNIOR. 2017).

A regulação, por sua vez, pode assumir características diversas, podendo, inclusive, ser classificada como contratual ou discricionária. Em verdade, “as

expressões ‘regulação por contrato’ e ‘regulação discricionária’ são ambíguas e os conceitos que referem são vagos” (DUTRA; KAERCHER, 2021). O presente trabalho pretende investigar a questão.

Note-se que regulação discricionária é aquela na qual a entidade estatal estabelece as regras e os preços pela prestação de serviço, bem diferente da regulação contratual, na qual o Estado estabelece apenas as regras a serem seguidas, mas o preço é obtido através da disputa dos participantes do processo administrativo licitatório (DUTRA; KAERCHER, 2021).

Recentemente, a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) de 1º de abril de 2021, tratou expressamente, no título que versa sobre a contratação direta, do Credenciamento, que antes somente tinha previsão legal em leis estaduais e agora foi listado como um instrumento auxiliar às contratações públicas e não precisa mais ser considerado uma mera interpretação extensiva compatível com o rol exemplificativo das inexigibilidades.

Atente-se que no credenciamento não há competitividade, até porque serve para contratar serviços disponibilizados em um ambiente não concorrencial que é adequado para a atividade de regulação e, além disso, no credenciamento, o preço do serviço é estabelecido pela Administração, o que justifica que a regulação seja considerada discricionária. Portanto, o credenciamento se apresenta, inicialmente, como um instrumento para a regulação discricionária da contratação da saúde complementar.

Por fim, note-se que o credenciamento, inaugurado pela nova lei de licitações, carece de estudos para sua regular implementação, de modo que os serviços prestados pela rede complementar sejam regulados em atenção ao interesse público e demais princípios constitucionais do SUS. A pesquisa se dá num enfoque eminentemente jurídico para investigar a pertinência do Credenciamento como instrumento adequado para regulação discricionária e contratação dos serviços de saúde prestados pela rede complementar, observada a teoria do interesse público.

O projeto tem como objetivo principal investigar o Credenciamento Público constante da Lei nº 14.133/2021 como instrumento jurídico para a regulação e contratação dos prestadores de serviços complementares ao Sistema Único de Saúde.

Especificamente, temos os seguintes objetivos: a) apontar as possibilidades de utilização do credenciamento público da Lei nº 14.133/2021 na área da saúde, para atendimento do SUS; b) identificar e enfrentar os motivos que inibem a utilização do credenciamento como ferramenta de contratualização do SUS e suas relações com o Direito e a Economia; c) investigar o conceito de regulação discricionária para determinar o seu enquadramento nas atividades sanitárias, observados os fundamentos e principais teorias da regulação; d) confrontar o credenciamento com a demais modalidades licitatórias para obtenção da proposta mais vantajosa.

1.2. Justificativa da pesquisa

Um dos grandes flagelos sociais do Brasil é a desassistência na saúde, a qual, muitas vezes acontece pela incapacidade da Administração Pública de contratar os serviços públicos necessários à atenção integral, seja por falta de conhecimento sobre as modalidades adequadas de contratação, seja porque tornaram-se reféns do mercado. Nos últimos dois anos, a desassistência foi ainda mais evidenciada por conta da dificuldade do Estado brasileiro em adquirir vacinas para prevenção do novo Coronavírus (COVID-19) que assolou todo o mundo.

Convém lembrar que o sistema de saúde brasileiro é descentralizado e, portanto, cada ente da federação, inclusive municípios menores e desestruturados, faz grande parte da contratação dos serviços de saúde da sua região (CALDEIRA, 2019). Discutir o Credenciamento Público, investigando sua pertinência como modalidade de contratualização do SUS pode contribuir para uma facilitada ampliação da rede assistencial, observadas as boas normas do Direito Processual Administrativo e principalmente o interesse público.

Atente-se que a produção doutrinária sobre Credenciamento Público ainda é escassa, tanto porque a Lei de Licitações e Contratos Administrativos que sistematizou expressamente o credenciamento é recente, quanto porque existe uma tendência dos gestores públicos e principalmente dos órgãos de controle em rejeitar a contratação direta, que é sempre relegada às hipóteses de exceção, esquecendo-se que no ambiente não concorrencial o credenciamento – que é uma forma de contratação direta – pode ser a melhor opção e, em muitos casos, a única que atende ao interesse público.

Se mostra, portanto, necessária a ampliação do debate sobre os instrumentos que podem dar mais efetividade à política de contratualização do Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, à realização do anseio constitucional de um sistema público de saúde universal e integral que atenda a todos, oferecendo todos os serviços necessários.

A pesquisa se apresenta necessária ainda, para orientar, além dos gestores de saúde, a atuação de profissionais do Direito que laboram na advocacia pública e privada consultiva e contenciosa na área da saúde, bem como no controle interno e externo, sempre numa perspectiva de construir um Estado mais atuante e prestacional.

O presente trabalho contribui para a ampliação da discussão sobre o conceito de regulação discricionária no sistema de saúde, com vistas ao aprimoramento da gestão dos contratos administrativos na área. Outro aspecto que torna a pesquisa relevante é que o credenciamento público pode configurar um instrumento facilitador da regularização de relações contratuais precárias que muitas vezes dão azo a práticas de corrupção e malversação do dinheiro público, sem falar nos casos de prejuízo ao Erário ensejados pela incapacidade técnica de bem conduzir a tramitação dos processos administrativos de compras públicas dos serviços de saúde, ainda que sem má-fé.

Efetivamente a contratação de serviços de saúde passou por diversas mudanças desde 1988 quando a Constituição Federal criou o SUS, passando da absoluta ausência de contratos até a formalização de termos de adesão, convênios, protocolo de cooperação entre entes públicos (PCEP) e contratos administrativos oriundos de licitações nas mais diversas modalidades. Portanto, diante destas determinações normativas da Constituição Federal e das leis 14.133/2021 e 8.080/1990, impõem-se a necessidade de análise dos instrumentos necessários à concretização do sistema de saúde que visa beneficiar toda a coletividade.

1.3. Teorias utilizadas neste estudo

O referencial teórico da presente pesquisa se relaciona com a teoria do interesse público que faz parte do rol de teorias da regulação, pareada às teorias do interesse privado e a institucionalista (BARBOSA, 2021).

Vale observar que na teoria do interesse público o Estado é responsável pela formulação da regulação e execução da regulação em prol do bem comum (SOARES, 2021) e o processo de contratualização do SUS, por meio do credenciamento, visa ampliar a rede de prestadores garantindo serviços de saúde aos usuários do sistema de forma universal, a fim de que todo cidadão tenha acesso a todos os serviços públicos de saúde.

Dessa forma, busca-se considerar o interesse público como ponto basilar para a análise de pertinência do Credenciamento da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) para contratação de serviços de saúde. Atente-se que os princípios da administração pública, em especial os princípios básicos das licitações, *mutatis mutandis*, também devem ser observados nas contratações diretas. Prospecta-se, portanto, um novo olhar acerca da observância do princípio da proposta mais vantajosa, uma vez que, no credenciamento, quem determina os preços é a própria Administração.

Nesta visão, a construção da proposta mais vantajosa ocorre no momento da escolha da modalidade de contratação que melhor atende ao interesse público, bem como nos parâmetros para definição do preço e do modo pelo qual o serviço será prestado.

Ao sintetizar o pensamento de AGUIAR e POSNER, Júlia de Carvalho Barbosa (2021) afirma que: as teorias normativas de interesse público se baseiam na premissa de que existem situações nas quais os interesses privados tendem a prejudicar tanto os demais interesses fracionados, quanto o interesse geral (AGUIAR, 2011, p.91).

Já na visão de Richard A. Posner, a teoria do interesse público é aquela em que a regulação é criada em resposta a uma demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas (POSNER, 2004, p. 50).

Frente aos diversos conceitos da teoria do interesse público, não se pretende realizar a investigação a partir de um viés purista, pois, em alguma medida, cada um dos pensamentos sobre a mencionada teoria pode contribuir para uma análise mais consentânea do instituto do credenciamento e da regulação discricionária em suas finalidades.

1.4. Problema de pesquisa e hipótese

Em que medida o credenciamento público disposto na Lei 14.133/2021 se apresenta como instrumento regulatório na contratação de prestadores de serviços complementares ao Sistema Único de Saúde - SUS?

Considerando os ditames da Lei nº 8.080/1990, bem como a Política Nacional de Contratualização do SUS, percebe-se que é evidente a necessidade de contratação de prestadores complementares, sendo que esta prestação de serviço ocorre em um ambiente geralmente não concorrencial, oportunizando a atividade regulatória discricionária da administração pública, vez que os preços da prestação são estabelecidos e reajustados pelo Estado.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inaugura formalmente o procedimento auxiliar às licitações e contratações públicas que tem o condão de tornar as contratações sanitárias mais eficientes através do credenciamento de prestadores de serviços. Até mesmo para atendimento a sentenças judiciais, a contratação direta pode ser considerada opção viável e o credenciamento é uma modalidade que guarda a maior fidelidade aos princípios licitatórios da isonomia e da proposta mais vantajosa (ALMEIDA, 2020).

Portanto, a hipótese do presente trabalho é que o credenciamento é o instrumento adequado para a regulação discricionária e contratação dos prestadores de serviços complementares ao Sistema Único de Saúde, porque atende ao interesse público na medida em amplia o acesso universal dos serviços de saúde aos usuários do sistema, promovendo o bem comum.

Evidentemente, no decorrer da pesquisa, a investigação a ser realizada cuidará de averiguar a real importância do credenciamento público como modalidade adequada de contratação dos serviços assistenciais de saúde complementar, especialmente frente aos requisitos de pré-qualificação (FERNANDES. 2009, p. 2) e atenção ao princípio da proposta mais vantajosa.

1.5. Limitações do estudo

É importante salientar que o presente estudo se restringe à análise do credenciamento como instrumento de regulação e contratação dos serviços de saúde complementar, não abrangendo os serviços executados pela rede própria de cada

Estado ou Município, nem aqueles serviços prestados por instituições privadas em atendimento a usuários de planos de saúde individuais ou corporativos (públicos ou não). Além disso, a abordagem exemplificativa que será apresentada restringe-se a descrição de alguns credenciamentos que foram feitos na Bahia entre os anos de 2011 e 2015, pois o Estado, à época, já possuía legislação específica sobre credenciamento (Lei 9.433/2005) e realizou muitos credenciamentos¹, logo após o Tribunal de Contas ter orientado a realização de chamamentos públicos.

1.6. Estrutura do estudo

A dissertação dispõe de uma introdução, três capítulos e uma conclusão. Na introdução tratamos de discorrer sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS, explicando os desafios de atender ao princípio da universalidade, explicando, em especial, como funciona a contratação dos serviços de saúde.

No capítulo 1, tratou-se do credenciamento público disposto na Lei 14.133/2021 e da sua interação com a contratação complementar de saúde. No capítulo 2, abordou-se o conceito de regulação discricionária, correlacionando-o com o credenciamento como instrumento de contratualização do SUS. No capítulo 3, o foco foi a importância do princípio do interesse público na regulação dos serviços de saúde.

Na conclusão, apresentamos a síntese das relações entre credenciamento, regulação discricionária, princípio do interesse público na regulação e ainda sugestões de como o serviço de saúde complementar pode ser regulado de forma adequada.

¹ O autor da presente dissertação foi servidor da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB) no período em que os credenciamentos foram realizados (2011/2015) e atuou como Presidente da Comissão Permanente de Credenciamento e como Coordenador de Contratualização do SUS (NUCON/SUGERS/SESAB), órgão responsável pela contratualização de prestadores privados e públicos para o SUS. Além disso, foi membro e presidente de comissões de licitação, pregoeiro e equipe de apoio às licitações na Secretária de Administração do Estado da Bahia (SAEB) e na Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB). Também atuou como instrutor interno e professor de Direito Administrativo na Universidade Corporativa do Servidor (UCS) e ministrou diversos cursos sobre licitações e credenciamentos públicos, inclusive no Tribunal de Contas do Estado da Bahia.

2. CREDENCIAMENTO PÚBLICO

Este capítulo descreve o estado da arte sobre o credenciamento público, com o objetivo de firmar os pressupostos teóricos a serem aplicados na relação estabelecida com o SUS, com a teoria da regulação discricionária e com a teoria do interesse público.

2.1. Conceito

O credenciamento público nada mais é que uma convocação geral para que pessoas físicas ou jurídicas (a depender do caso) interessadas possam prestar serviços, geralmente, para a própria entidade convocadora/credenciadora, a partir do preenchimento de condições preestabelecidas, inclusive, no que diz respeito à remuneração.

Mas porque não chamar simplesmente de “credenciamento”? O motivo principal é diferenciar o credenciamento (chamamento público) do credenciamento de licitantes que ocorre nas primeiras etapas da licitação, bem como diferenciá-lo da condição que os contratados assumem ao se cadastrarem nos sistemas de cadastramento de fornecedores, como SICAF, por exemplo.

Materialmente, o Credenciamento Público pode ser considerado um instrumento fomentador da máxima isonomia contratual. Isto porque, o credenciamento é destinado à contratação do maior número de interessados possível. Segundo Laércio José Loureiro dos Santos:

o credenciamento é, assim, a maior expressão do princípio constitucional da isonomia que transforma a licitação em verdadeira “democracia direta licitatória”, em que todos os licitantes interessados poderão contratar com a administração pública. (Santos, 2021)

É imprescindível mencionar a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que se tornou, a partir do dia 1º de abril de 2021, o principal instrumento definidor do que é o credenciamento. Isto porque teve o cuidado de apresentar, no Capítulo III (Das Definições), artigo. 6º, inciso XLIII o que se traduz como a definição legal de credenciamento.

Ficou, portanto, estabelecido que o credenciamento é o “ processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca

interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados” (BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, 2021).

O Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde do Ministério da Saúde aminha no mesmo sentido e estabelece que *“a inexigibilidade, prevista no artigo 25 da Lei de Licitações, ocorrerá quando houver inviabilidade de competição”*. O mencionado Manual ainda destaca que a natureza específica do negócio e até mesmo as peculiaridades dos objetivos da contratação podem caracterizar impossibilidade competição, seja ela jurídica ou técnica.

Também estabelece a necessidade de observância do princípio da igualdade em relação às condições de habilitação e a necessidade de precificação pela Administração Pública (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017. p. 39)

Convém destacar que a possibilidade de contratação de todos os interessados não impede a eleição de critérios de classificação que influenciem na definição da ordem de prestação do serviço.

O Tribunal de Contas da União estabeleceu no Acórdão 533/2022-Plenário de 16/03/2022 que *“não viola o princípio da isonomia a utilização de critérios técnicos objetivos, mediante pontuação, para definir preferência em contratações decorrentes de credenciamento”*. (ANASTASIA, 2022)

No que diz respeito ao Sistema único de Saúde (SUS), o Ministério da Saúde também apresentou a sua definição de credenciamento a partir do que foi disposto no Inciso II do artigo 129 da Portaria de Consolidação Nº 1, de 28 de setembro de 2017 dispondo que credenciamento é o:

procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, "caput" da Lei nº 8.666, de 1993; (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º, II) (BRASIL, PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO Nº 1, DE 28 DE SETEMBRO DE 2017, 2017)

Poder-se-ia apontar uma suposta impropriedade técnica na definição trazida pela Portaria Nº 2.567/2016, pois, a rigor, o credenciamento não é uma licitação, todavia, deve-se considerar que o texto foi escrito em 2016, período no qual o credenciamento tratava-se de uma mera hipótese de extensão das inexigibilidades.

Conforme veremos a seguir o credenciamento é, na verdade, um procedimento auxiliar das licitações e das contratações

2.2. Princípios do credenciamento público

O tema “princípios” ganhou especial relevância após a edição da lei 14.133/2021, que inseriu 23 princípios expressos e ainda determinou que os princípios constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) também devem ser observados.

A lista inclui a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, proibição administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Estes princípios já integravam o ordenamento jurídico brasileiro, alguns deles de forma implícita e outros de forma explícita em normas como a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC); Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) e a Instrução Normativa nº 05, de 26/05/2017.

Vale frisar que este conjunto de princípios é aplicável às licitações e contratações públicas, portanto, também são aplicáveis ao credenciamento, senão vejamos.

O credenciamento atende perfeitamente ao princípio da legalidade, sobretudo por que Lei 14.133/2021 mencionou expressamente a sua previsão. Também atende à impessoalidade e a igualdade, pois prevê a contratação de todos os interessados que atenderem às condições do edital. A impessoalidade é ainda reforçada pela incidência dos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, ditames necessários para que o credenciamento atenda ao seu objetivo.

Importante considerar que geralmente se defende que no credenciamento, todos os licitantes recebam os mesmos valores e as mesmas quantidades de serviço, bem como, que não deve haver distinção decorrente dos critérios de habilitação. Neste contexto, nem sequer haveria fase de classificação. Ocorre, contudo que, na verdade, a premissa da igualdade não quer dizer isso, aliás, o termo que deve ser empregado

é a isonomia, no sentido de resguarda a igualdade material, dando aos desiguais, porções de serviços proporcionalmente desiguais.

Note que o objetivo da Administração é contratar o maior número de prestadores possível, mas isso não tem um fim em si mesmo. A contratação de todos os prestadores decorre da grande quantidade de serviços que se pretende contratar, a qual, em regra, é maior que a capacidade de todos os prestadores somadas. Sendo assim, não há razão para limitar a quantidade de serviço de certo prestador super capacitado, somente por conta da incapacidade de outro.

Imagine, por exemplo, que existe um credenciamento aberto com a finalidade adquirir-se vacinas para todo o país. Não há prestador que sozinho dê conta desta demanda, entretanto, entre os prestadores disponíveis, existem alguns que podem fornecer o dobro da quantidade de vacinas que os demais. Nesta hipótese, seria perfeitamente possível que alguns prestadores fornecessem “1x” e os demais, “2x”. Talvez essa seja a melhor apresentação da virtude que é dar a cada um o que é seu.

A moralidade e a probidade administrativa fazem parte da essência do credenciamento, pois como já salientado, antes do credenciamento as contratações eram feitas apenas pela Folha de Programação Orçamentária (FPO), sem o controle adequado e sem a repartição do objeto de forma racionalizada.

Publicidade é outro preceito inerente ao credenciamento, vale observar que, por vezes o credenciamento é denominado de chamamento público, justamente porque não se pode falar em credenciamento sem uma ampla divulgação do instrumento convocatório e dos atos inerentes ao processo. Logicamente, se se pretende contratar o maior número de interessados, é natural que a divulgação também seja a maior possível.

A Lei 14.133/2021 trouxe ainda os princípios da eficiência, que se refere ao processo e da eficácia, que se refere ao resultado. Ambos os princípios são perfeitamente aplicáveis ao credenciamento e deve-se destacar que a própria escolha da forma de contratação está relacionada com a eficácia, pois em verdade só se configura a hipótese de credenciamento quando ele é a única forma de se alcançar o resultado desejado, qual seja: a contratação do máximo de interessados possível.

O credenciamento consegue atender ainda ao princípio da economicidade, pois o fato de os preços dos serviços serem predeterminados pela Administração não obstar que a economicidade seja atendida. Vale ressaltar que os valores indicados pela entidade credenciadora devem ser obtidos a partir de pesquisas de mercado (cotações específicas e atualizadas). A definição dos preços também pode ser construída a partir de análises dos custos que compõem o serviço.

A competitividade também é um princípio trazido na lei 14.133/2021 e a *priori* não se relaciona com o credenciamento, tendo em vista que a principal característica do credenciamento é ausência de competitividade. Entretanto, é importante apontar que esta ausência não traz prejuízo para a administração, ao contrário fomenta o desenvolvimento dos prestadores que precisam se requalificar continuamente par atender as condições do edital.

A razoabilidade e a proporcionalidade também passaram a integrar o ordenamento do credenciamento de forma expressa, não deixando dúvidas de que o gestor deve segui-los, até porque a motivação também é um ditame indelével para a validade dos atos praticados.

A segregação de funções também está relacionada com o credenciamento, tanto no que diz respeito à organização dos procedimentos de credenciamento (designação da comissão, elaboração do termo de referência, análise jurídica, publicação do edital etc.) quanto no que diz respeito à composição dos lotes a serem credenciados.

O planejamento também é uma diretriz inescusável para o credenciamento, inclusive a Lei 14.133/2021 que os credenciamentos deverão integrar o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a divulgação deve ser feita no sítio eletrônico oficial. Isso garante transparência para os envolvidos no processo e para toda a sociedade.

A segurança jurídica é outrossim uma conquista do credenciamento, atente-se que, conforme mencionado, o credenciamento é o instrumento jurídico que possibilita além da efetiva prestação do serviço, a formalização da relação jurídica entre o Estado e os prestadores de serviço.

Além de tudo isso, o credenciamento ainda consegue atender ao requisito da celeridade, pois não tem prazos rígidos como a licitação. Em verdade o

credenciamento agrega importantes procedimentos de diversas modalidades licitatórias e de contratação, conseguindo manter a celeridade de uma contratação direta, com a segurança de uma licitação.

Por fim, é possível afirmar que o credenciamento alberga toda carga principiológica inerentes às licitações e contratos e mesmo sem preencher o requisito da competitividade consegue provável o desenvolvimento nacional de forma sustentável sem privilegiar interesses particulares em detrimento do interesse público que deve reger qualquer ato administrativo.

2.3. Classificação e requisitos do credenciamento

Tradicionalmente, para se identificar a pertinência do credenciamento, de certa forma, se adota um critério de exclusão, pois somente é possível credenciar, aqueles objetos que não podem ser licitados. Entende-se, portanto que, *a priori*, a licitação é a regra e o credenciamento é a exceção.

Sugere-se, entretanto que se analise o seguinte: em determinadas atividades o credenciamento deve ser a regra e a licitação a exceção. Note-se que o primeiro requisito, é a necessidade de contratação do maior número de interessados, o que, por sua vez, inviabiliza a competitividade entre os prestadores, até porque não existe prestador que dê conta de toda demanda sozinho.

Esse grande objeto também precisa ser divisível e mais que isso, é necessário que a divisibilidade possa guardar o critério de isonomia entre os prestadores credenciados. Mesmo nas hipóteses em que a escolha do prestador fica a critério do usuário, a igualdade na distribuição dos serviços deve ser resguardada. É possível fazer isso no momento da assinatura do contrato, com a delimitação de cotas/lotes de serviços a serem disponibilizados.

Partindo desta premissa, o professor Bernardo Strobel Guimarães apontou que no credenciamento “*deve haver a existência de uma demanda pública (por bem ou serviço) que seja abundante e uniforme*” (Guimarães, 2016). Ele chamou este requisito de “oferta elástica”.

Vale ressaltar que a uniformidade está relacionada com o modo de prestação dos serviços. É imprescindível que os prestadores prestem os serviços com o mesmo padrão, o qual deverá mensurável e contar no instrumento convocatório (edital de chamamento público).

Sendo assim, quanto ao objeto, identifica-se três características: abundância, divisibilidade e uniformidade.

Pode-se dizer que o credenciamento tem pelo menos três requisitos essenciais (condições fáticas), conforme sábia lição do quais sejam:

(a) deve haver a existência de uma demanda pública (por bem ou serviço) que seja abundante e uniforme (oferta elástica); (b) deve existir um mercado privado estruturado capaz de satisfazer às necessidades públicas e (c) uma metodologia de preço que seja objetiva em função das práticas de mercado. (Guimarães, 2016).

2.4. Base legal

2.4.1. Lei nº 14.133/2021

Além da definição trazida no artigo. 6º, inciso XLIII da Lei nº 14.133/2021, também existem diversos dispositivos constante da referida lei que tratam do credenciamento público.

Da leitura do artigo 74, inciso IV, por exemplo, percebe-se que o credenciamento foi colocado dentre as hipóteses de inexigibilidade de licitação. Especificamente, foi colocado dentro daquelas hipóteses em que os objetos devam ou possam ser contratados considerando justamente a ocorrência da inviabilidade de competição.

A lei também dispôs no capítulo X, que trata dos instrumentos auxiliares, que o credenciamento é um procedimento auxiliar das licitações e das contratações. O instituto ficou ao lado da pré-qualificação, do procedimento de manifestação de interesse, do sistema de registro de preços e do registro cadastral.

Ficou consignado ainda, no parágrafo primeiro do artigo 74, que os procedimentos auxiliares "*obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento*". Note que o credenciamento não seguirá, necessariamente, o mesmo procedimento das licitações.

A sobredita lei reservou ainda uma seção específica para tratar das regras do credenciamento, estabelecendo no art. 79, que o chamamento público poderá ser utilizado nas seguintes situações: viabilidade e vantajosidade para a Administração Pública em contratações simultâneas e com condições padronizadas (paralela e não excludente); seleção do contratado a critério do beneficiário (com seleção a critério de

terceiros) e; quando a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabilizam a seleção de agente por meio de processo de licitação (mercados fluidos).

O regulamento é o instrumento adequado para tratar dos procedimentos de credenciamento, entretanto, algumas regras devem ser observadas, quais sejam: ampla divulgação do credenciamento e de seu edital, possibilidade de cadastramento de novos interessados a qualquer tempo, critérios objetivos na distribuição da demanda, condições padronizadas de contratação, inclusive em relação ao valor, observadas as cotações de mercado vigentes no momento da contratação, impossibilidade de transferência do objeto a terceiros e possibilidade de denúncia dos prazos fixados no edital, por qualquer das partes.

Por fim, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que os credenciamentos deverão constar no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), cuja divulgação deve ser feita no sítio eletrônico oficial.

2.4.2. Lei Estadual 9.433/2005 (Bahia)

A lei 9.433/2005 merece destaque por ser uma legislação vanguardista em relação ao tema, pois 16 anos antes da Lei Federal de licitações reconhecer a especificidade do credenciamento, a lei baiana já tratava da matéria de modo bastante seguro ao estabelecer no artigo 61 que:

É inexigível a licitação, por inviabilidade de competição, quando, em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, certas necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento (BAHIA, 2005).

Havia ainda a obrigatoriedade da confecção de um regulamento específico para cada credenciamento, em rigorosa atenção “aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e aos princípios do procedimento licitatório”.

A lei 9.433/2005 previa também a que a lisura, transparência e economicidade faziam parte da garantia de tratamento isonômico entre os interessados.

Sobre a dinâmica do processo administrativo de credenciamento, a lei apresentava 3 requisitos importantes, relacionados à ampla publicidade, à definição do preço do serviço e à normatização do procedimento em si.

Vide artigo 62 da Lei 9.433/2005 (BAHIA, 2005):

I - convocação dos interessados por meio do Diário Oficial do Estado, de jornal de grande circulação e, sempre que possível, por meio eletrônico;

II - fixação criteriosa da tabela de preços que remunerará os serviços a serem prestados;

III - regulamentação da sistemática a ser adotada.

Já no art. 63 (BAHIA, 2005), ficou consignado que o mencionado regulamento deverá ser elaborado pelo órgão público interessado os seguintes critérios:

I - ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial do Estado, em jornal de grande circulação local e, sempre que possível, por meio eletrônico, podendo também a Administração utilizar-se de chamamento a interessados do ramo, que gozem de boa reputação profissional, para ampliar o universo dos credenciados;

II - fixação de critérios e exigências mínimas para que os interessados possam se credenciar;

III - possibilidade de credenciamento, a qualquer tempo, de interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas fixadas;

IV - fixação de tabela de preços dos diversos serviços a serem prestados, dos critérios de reajustamento e das condições e prazos para o pagamento dos serviços;

V - rotatividade entre todos os credenciados, sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;

VI - vedação expressa de pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada;

VII - estabelecimento das hipóteses de descredenciamento, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII - possibilidade de rescisão do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, mediante notificação à Administração, com a antecedência fixada no termo;

IX - previsão de os usuários denunciarem irregularidade na prestação dos serviços e/ou no faturamento;

X - fixação das regras a serem observadas pelos credenciados na prestação do serviço.

Vê-se, portanto que a Lei baiana buscou garantir a máxima divulgação, inclusive por meio eletrônico, para ampliar o universo de interessados. Mas além da quantidade dos credenciados, também se buscou garantir a qualidade dos serviços através da fixação de critérios mínimos para efetivação do credenciamento, o qual deveria, em regra, permanecer aberto para que o credenciado pudesse se credenciar a qualquer tempo.

Outro ponto elementar que deveria constar do regulamento do credenciamento era a fixação criteriosa da tabela de preços dos serviços, bem como critérios de reajustamento, sendo vedado o pagamento de quaisquer sobretaxas.

A na rotatividade de convocação dos credenciado deveria atender a critérios objetivos, sempre desconsiderando a vontade da Administração na determinação da quantidade de cotas de serviços entregues aos credenciados.

De fato, a referida legislação é bem completa em relação ao tema e até mais avançada que a Lei 14.133/2021, inclusive quando determinou que o regulamento do credenciamento também deveria tratar das hipóteses de descredenciamento e da possibilidade de rescisão pelo credenciado, bem como do regramento para que os próprios usuários pudessem denunciar irregularidades nos serviços ou no pagamento.

2.5. Jurisprudência básica do credenciamento

Através do estudo da jurisprudência é possível apurar o entendimento dos tribunais sobre o Credenciamento Público. Trata-se de uma abordagem com alta carga prática, pois em regra os tribunais se manifestam no âmbito de casos concretos.

Sendo assim, busca-se apresentar o entendimento do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal e Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Conforme decidiu o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 352/2016-Plenário de 24/02/2016, da relatoria do Min. Benjamin Zymler:²

O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde, tanto para atuarem em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, devendo a distribuição dos serviços entre os interessados se dar de forma objetiva e impessoal. (TCU, ACÓRDÃO 352/2016 - PLENÁRIO, 2016)

Este enunciado foi classificado pela equipe da diretoria de jurisprudência do TCU como paradigmático e no Acórdão ficou consignada a determinação para que o Ministério da Saúde oriente todos os entes federativos a observarem o instituto do credenciamento na contratação de empresas privadas para prestação de serviços de saúde.

O TCU, ainda sob a égide da Lei 8.666/1993 estabeleceu que o credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade inserida no caput do artigo 25 do referido diploma legal, *“porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão”* (TCU, ACÓRDÃO 351/2010 - PLENÁRIO, 2010)

A regularidade contratação exige a indispensável garantia de *“igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido”* (TCU, ACÓRDÃO 351/2010 - PLENÁRIO, 2010) na contratação direta.

A jurisprudência do TCU não deixa dúvidas de que o Credenciamento é legítimo para contratações múltiplas do mesmo tipo de objeto, quando se pretende contratar o maior número de prestadores possível. A jurisprudência também é sólida ao apontar que por vezes o credenciamento ou é a única hipótese viável ou é mais

²No mesmo sentido, os seguintes julgados do TCU: Acórdão 1215/2013-Plenário; Acórdão 784/2018-Plenário

vantajosa, bem como que os critérios de seleção devem ser objetivos, impessoais e a regra de remuneração deve ser previamente estipulada no edital.

Entre os serviços que podem ser contratados por meio do credenciamento, a jurisprudência do TCU já consagrou que a hipóteses não são taxativas pois tanto o artigo 25 da Lei 8.666/1993, quanto o artigo 79 da Lei 14.133/2021 deixa um rol aberto para as diversas situações em que não houver competição tendo em vista que o objeto contratado não pode ser prestado apenas por um ou por poucos prestadores.

Apenas a título exemplificativo, pode-se citar o serviço de fornecimento de passagens aéreas, serviços advocatícios e a contratação de serviços de saúde em geral, inclusive para prestar serviço dentro de unidades de saúde do SUS.

O TCU também consolidou a tese de “pureza” do credenciamento quando estabeleceu que o credenciamento, *“não pode ser mesclado às modalidades licitatórias previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993.”* (TCU, ACÓRDÃO 351/2010 - PLENÁRIO, 2010)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, tem se mostrado deferente aos entendimentos esposados pela Corte de Contas e também tem consagrado o credenciamento como uma *“modalidade de licitação inexigível em que há inviabilidade de competição e admite a possibilidade de contratação de todos os interessados em oferecer o mesmo tipo de serviço à Administração Pública”*. (REsp n. 1.747.636/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 9/12/2019).

O Supremo Tribunal Federal (STF), outrossim, coaduna com o referido entendimento e afirma que:

A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente. (ADI 1923, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 16/04/2015, Publicação: 17/12/2015).

2.6. Importância e vantajosidade do credenciamento

A importância do credenciamento é relacionada, em primeiro lugar, com a possibilidade de atender a demandas que não seriam atendidas satisfatoriamente se

a contratação ocorresse no formato tradicional de licitação. Ou seja, o credenciamento está radicado na ideia de **eficiência**, pois se propõem a atender toda, ou, pelo menos a maior parte possível, da necessidade de serviços da Administração.

Em segundo lugar, o credenciamento representa a garantia de **isonomia** entre os interessados, tanto na possibilidade de prestar os serviços, quanto na quantidade de serviços a serem prestados, frisando-se que não é necessário que todos os prestadores credenciados executem a mesma quantidade de serviços, pois a divisão pode ser proporcional, com observância da capacidade operacional de cada um.

O credenciamento também contribui para que os serviços sejam prestados com qualidade e segurança, pois faz parte da essência da modalidade a verificação minuciosa da capacidade técnica e operacional de cada credenciado. Além disso, em regra os serviços prestados por meio de credenciamento, em regra, são serviços com regulamentação bem definida de forma que se possa aferir a real capacidade do interessado.

O Sistema Único de Saúde (SUS), por exemplo, costuma usar o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) como documento caracterizador da capacidade técnica do pretense prestador. Atente-se que o CNES abriga oficialmente as informações da capacidade instaladas dos estabelecimentos de saúde, inclusive, dos equipamentos, estrutura física, profissionais e, por via de consequência, da quantidade de serviços que podem ser realizados por esta equipe nesta estrutura cadastrada.

Além disso, convém ressaltar o permanente conflito entre o credenciamento e as diversas modalidades licitatórias para obtenção da proposta mais vantajosa. A pergunta que sempre se impõe é: Porque fazer o credenciamento com preço definido, se podemos usar esse preço como referencial para que os licitantes possam dar lances sucessivos, alcançando preços teoricamente mais vantajosos para a administração pública?

Importante observar que o princípio da proposta mais vantajosa é identificado quando a Administração encontra a melhor relação custo-benefício e não, necessariamente, o menor preço.

2.7. Questionamentos dos órgãos de controle

Como já foi afirmado neste trabalho, o credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade, ou seja, uma hipótese de contratação direta, sem o intermédio de um procedimento licitatório. Por esta razão os órgãos de controle sempre trataram o credenciamento com muitas reservas, sobretudo pelo receio de que a modalidade, de alguma forma, não representasse a proposta mais vantajosa para a Administração.

Este pensamento sempre foi visto com certa naturalidade, pois a legislação, doutrina e jurisprudência sempre apontaram que a licitação é a regra e a contratação direta é a exceção. Sendo assim, a licitação, especialmente na modalidade pregão, era uma receita válida para garantir propostas vantajosas. Entretanto, à medida que os órgãos públicos passaram a usar o credenciamento e, conseqüentemente, ser questionados pelos órgãos de controle, o tema passou a ser mais bem estudado e é possível notar até mesmo um revés jurisprudencial sobre o tema. O indesejado credenciamento se tornou a principal indicação dos Tribunais de Contas, sendo até mesmo, recomendado para a contratação de diversos serviços.

Nas análises sazonais que os tribunais de contas fazem, geralmente existe um comparativo que é feito entre os valores licitados e os valores credenciados. Essa análise também costuma ser setorizadas. Por exemplo, no caso do Estado, os Tribunais de Contas costumam analisar as contas das Secretarias Estaduais, mediante a designação de grupos de auditorias específicos para cada uma destas unidades, inclusive, as contas são analisadas, aprovadas e ou rejeitadas separadamente, pois geralmente o próprio secretário da pasta é o ordenador de despesa.

Quanto se considera a realidade das secretarias de saúde, logo se percebe que existe uma grande discrepância entre a quantidade de serviços licitados e a quantidade de serviços credenciados, isso acontece justamente porque a realidade do Sistema de Saúde, em nosso país, demanda a complementariedade dos serviços prestados pelos prestadores da iniciativa privada e essa relação tradicionalmente ocorre por meio do credenciamento.

Por tudo isso, não raras vezes, os órgãos de controle questionam as contas da pasta da saúde que às vezes gasta 70% do orçamento com contratações diretas,

mediante a realização de pagamentos por folhas de programação orçamentário, simples chamamentos públicos, ou processo típicos de credenciamento.

Vale dizer que grande parte do orçamento de uma secretaria de saúde é empregado na chamada: “Rede própria”, que é composta da estrutura do próprio Estado. Outra parte considerável é empregada nas contratações com os municípios, outra parcela fica com a contratação das entidades filantrópicas e ainda existe uma outra parte que é contratada de empresas privadas com fins lucrativos. Nestas contratações, somente a “Rede Própria” não tem a contratação direta como seu principal instrumento.

Em verdade, o desconhecimento sobre o credenciamento está entre os principais motivos que inibem a utilização do mesmo como ferramenta de contratualização do SUS.

O credenciamento é um fenômeno que suscita questionamento que aproximam o Direito e a Economia, sobretudo por conta das questões relacionadas à escassez de recursos e o conflito de interesses (Rubio, 2021). Enquanto o direito tutela as relações entre as pessoas e entre pessoas e coisas, garantindo direito e sancionando as condutas juridicamente indesejadas a economia se ocupa de criar instrumentos para promoção da eficiência e produtividade.

A relação entre direito e economia pode ser vista quando o direito se responsabiliza pela segurança jurídica que o sistema econômico precisa para funcionar e, a economia, por sua vez, influencia a construção, manutenção e extinção de direitos, pois como se sabe, todo direito tem um custo correspondente (LANA & PIMENTA, 2010).

2.8. Como funciona o credenciamento na prática?

A realização de um credenciamento, tal qual nas licitações, pode ser dividida três grandes etapas: a fase interna, a fase externa e a fase contratual.

A fase interna, começa com a designação da comissão de credenciamento, na sequência temos, basicamente a elaboração do termo de referência, confecção do edital de credenciamento, aprovação da procuradoria jurídica e publicação do edital de chamamento.

Na fase externa temos a etapa de habilitação, classificação e divulgação dos resultados, com a abertura dos respectivos prazos recursais. Esta fase é

finalizada com a homologação do credenciamento, a qual pode ocorrer de forma específica em relação a cada credenciado.

Convém salientar que, em regra, o credenciamento permanece aberto ao recebimento de proposta por toda vigência, entretanto a depender do objeto credenciado, por vezes é necessário demarcar prazos específicos para garantir a melhor execução dos serviços (logística) ou até mesmo a economia de escala. Por vezes o próprio Estado patrocina campanhas de divulgação de determinados serviços e os prestadores são chamados justamente para atender essa demanda criada a partir da propaganda.

Ao final, as empresas habilitadas passam a ostentar a condição de credenciadas. E, doravante, serão convocadas para prestar os serviços contratados observando a sua capacidade instalada e as cotas de serviços sob os quais teve a habilitação deferida.

A forma de efetiva entrega destes serviços pode ocorrer de diversas maneiras, seja pela entrega específica de lotes de serviços, seja pela demanda espontânea dos usuários

Na fase contratual, além da efetiva prestação dos serviços, ocorre toda tramitação de pagamento de acordo com a produção, nos termos contratados.

2.9. Quem faz credenciamento

A prática do credenciamento está espalhada por todo território nacional. Estados, Municípios e a própria União têm utilizado o credenciamento para a contratação de diversos serviços. Entre eles, é possível destacar os serviços de assistência jurídica, credenciamento de Centros de Formação de Condutores (CFCs), clínica para realização dos exames necessários à aquisição ou renovação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) (Lombardi, 2021).

As secretarias de saúde também utilizam o credenciamento para grande parte das contratações de serviços assistenciais, especialmente de média e alta complexidade, alguns Estados inclusive dispõem de legislação própria de credenciamento, inclusive anterior à edição da lei 14.133/2021. Em muitos lugares o credenciamento recebe o nome apenas de chamamento público, cujas regras não seguem quaisquer parâmetros da lei de licitações.

2.10. Possibilidades de utilização do credenciamento público da Lei nº 14.133/2021 na área da saúde, para atendimento do SUS.

Como já restou evidenciado até aqui, o credenciamento público da Lei nº 14.133/2021 se apresenta como um excelente mecanismo de contratação de serviços na área da saúde, para atendimento do SUS, especialmente na contratação de prestadores complementares. Esta afirmação se baseia em cinco razões principais.

Viabiliza o atendimento do princípio da universalidade, pois destina-se à contratação do maior número de prestadores possível.

O credenciamento está perfeitamente alinhado com a fixação de uma tabela de preços. Atente-se que, em regra, os serviços de saúde contratados pelo SUS são remunerados pela chamada Tabela SUS.

Não apenas é compatível, mas é a modalidade de contratação mais adequada com a política de contratualização, pois permite que os prestadores de serviços recebam parcelas compatíveis com a sua capacidade instalada, considerando a demanda de serviços e a sazonalidade não raras vezes requer.

2.11. Distinção entre credenciamento e Sistema de Registro de Preços

É importante fazer uma distinção entre credenciamento e Sistema de Registro de Preços, o primeiro é um processo administrativo de convocação de interessados em fornecer/prestar bens e serviços a Administração através de um chamamento público destinado àqueles interessados que preencham os requisitos previstos no edital/regulamento do credenciamento.

A nova lei de licitações e contratos administrativos (LLCA) estabeleceu no art. 6º, inciso XLIII que credenciamento é:

Processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados; (BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, 2021)

Já o sistema de registro de preços, conforme definição do art. 6º da LLCA, inciso XLIII é o:

“Conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras” (BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, 2021)

Portanto, é preciso ter em mente que credenciamento e registro de preço são institutos totalmente diferentes e o ponto de distinção mais claro é justamente o fato de o credenciamento tem preço pré-fixado pelo Estado a partir de pesquisas de preço ou de tabelas pré-existentes, como é o caso da Tabela SUS. Já o registro de preço é um procedimento que visa o registro formal de preços obtidos em certames licitatórios.

Atente-se ainda, que o inciso II do parágrafo único do artigo 79 da lei 14.133/2021 dispõem que *“quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda”*, restando a destinação de cotas de serviços para convocações futuras (tal qual ocorre no registro de preços) não desnatura o credenciamento.

2.12. Modalidades de contratação de serviços em saúde pública e corporativa

Marçal Justen Filho, em sua obra: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, apresenta um excelente resumo de aplicação do credenciamento na área de saúde. Especificamente, se refere aos credenciamentos de prestadores direcionados ao atendimento de servidores e seus dependentes no âmbito dos planos corporativos.

Outra hipótese comum é a da prestação de serviços de saúde. Nessa área, é usual a praticar modalidades de estipulação em favor de terceiros. Os Administração servidores receberão os serviços e escolherão o profissional que os prestará. A valores e condições Administração realizará o pagamento pelos serviços, em previamente estabelecidos. Nesses casos, não tem cabimento uma licitação. Caberá à Administração estabelecer as condições de execução dos serviços e as demais cláusulas a serem observadas. Todo o profissional que preencher os requisitos Administração poderá requerer o seu credenciamento, o que mínimos fixados pela significará sua admissão a um cadastro que ficará à disposição dos beneficiários. Prestado (servidores). A escolha do profissional caberá ao próprio o

serviço, o profissional pleiteará à Administração a remuneração a remuneração por valor predeterminado. (Filho, 2022, p. 49)

Evidentemente que os planos corporativos como Pro-Ser (STJ), Planserv (servidores do Estado da Bahia) e GEAP (Executivo Federal), por exemplo, apresentam uma dinâmica diferente daquela aplicada ao Sistema Único de Saúde (SUS), notadamente, por conta da gratuidade e porque, em regra, o usuário do SUS não detém tanta liberdade para escolher o dia, horário e o profissional que o atenderá, às vezes, nem mesmo a unidade hospitalar é fruto da escolha do usuário

O Sistema de Saúde Brasileiro é um dos maiores sistemas de saúde gratuita do mundo. Dos procedimentos mais simples até os mais complexos, o SUS tem buscado garantir que todos, sem distinção, tenham a possibilidade de receber um tratamento de saúde adequado.

Através de um sistema descentralizado, objetiva-se aumentar a capacidade e celeridade com que as ações de saúde são realizadas. A União, os Estados e os municípios se organizam para atender a atenção primária, média e alta complexidades, além dos serviços de urgência e emergência.

A gestão do SUS é feita de forma participativa e solidária, com o envolvimento da comunidade e de órgãos deliberativos que auxiliam o Ministério de Saúde. Vale citar a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), Comissão Intergestores Bipartite (CIB), Conselho Nacional de Secretário da Saúde (Conass), Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e o Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems).

Em síntese, a gestão do SUS é marcada pela regionalização, hierarquização, descentralização e comando único, além disso, é participativa (Participação Popular).

2.13. Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde

O Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde é um importante instrumento para informar e capacitar gestores e prestadores de serviços de saúde no âmbito do SUS. Atualmente, o documento está na terceira edição, datada de 2017 e, portanto, desatualizado em relação aos ditames da nova lei de licitações que foi publicada em abril de 2021.

Entre as principais atualizações necessárias está o reenquadramento do credenciamento como procedimento auxiliar das licitações e das contratações. Ressaltando que o credenciamento não é um procedimento licitatório, mas sim um procedimento de contratação direta, tendo em vista a caracterização de situação na qual não há competição, não sendo possível exigir que se faça o certame tradicional. As modalidades licitatórias presentes no referido manual também estão desatualizadas.

2.14. Exemplos de credenciamentos públicos ocorridos no Estado da Bahia para contratação de serviços complementares

Entre os anos de 2011 e 2015 a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia realizou uma série de credenciamentos com vista ao atendimento dos cidadãos que necessitassem do Sistema Único de Saúde (bahia, 2023). Em regra, os atendimentos seriam regulados pela Central Estadual de Regulação da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia – CER / SESAB, a fim de que fosse garantido o acesso aos recursos mais apropriados para atender à necessidade dos pacientes.

Os serviços eram muito variados e cada um dos credenciamentos possuía um edital e um regulamento específicos com regras predeterminadas em estrita observância do que estabelecia a legislação do SUS para serviços, geralmente de média e alta complexidade.

Variavam da confecção e fornecimento personalizado de próteses dentárias, cirurgias de ortopedias e traumatologias, procedimentos de Colangiopancreatografia Retrógrada Endoscópica – CPRE e realização da implantação do Programa Estadual de Triagem Pré-natal em papel filtro, até serviços de saúde de alta complexidade, como cirurgias cardíacas pediátricas, cirurgia bariátrica e metabólica com a realização dos procedimentos pré-operatórios necessários, remoção de pacientes em UTI aérea e terrestre, serviços de neurocirurgia e exames radiológicos especializados nas áreas de radiologia intervencionista e diagnóstico de angio ressonância magnética e até a contratação de unidades de pronto atendimento (UPA) e a contratação de pessoas jurídicas para realização de procedimentos relacionados ao processo de doação/transplante de órgãos, entre outros.

Seguem abaixo as principais informações sobre estes credenciamentos, com vista à verificação de que o instituto é de grande valia para que os princípios do SUS e do interesse público em geral.

2.14.1. Credenciamento de leitos de UTI

No ano de 2011 o Governo do Estado da Bahia identificou, através da Secretaria de Saúde, uma grande carência de leitos de UTI. O próprio Estado não tinha capacidade instalada para dar conta de toda a demanda de pacientes, e a rede de prestadores privados e filantrópicos demonstravam total desinteresse em disponibilizar leitos de UTI para o Sistema Único de Saúde, isso acontecia porque os planos de saúde pagavam mais que o dobro do valor das diárias por utilização dos leitos e, na hipótese de serviços particulares, o valor era quase o triplo e ainda hoje essas diferenças permanecem acentuadas.

Sendo assim, a estratégia para garantir a assistência dos usuários do sistema, foi oferecer um estímulo para que o mercado se interessasse pelo serviço. Os hospitais credenciados disponibilizariam leitos de UTI para pacientes regulados pela Superintendência de Gestão dos Sistemas de Regulação da Atenção à Saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, seguindo critérios semelhantes àqueles estabelecidos na Portaria Nº 2.395/2011 do Ministério da Saúde.

De acordo com o edital do credenciamento, as instituições hospitalares credenciadas para prestarem serviços de disponibilização de leitos de terapia intensiva, teriam direito ao recebimento do incentivo de adesão ao credenciamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por leito.

Ficou acordado que os leitos deveriam ficar disponíveis para o Sistema Único de Saúde por um período mínimo de cinco anos e a unidade credenciada deveria manter todas as condições de habilitação durante este período. Caso contrário, a empresa seria descredenciada e teria que devolver os recursos recebidos do Estado a título de incentivo.

O credenciamento atrelado à política de incentivos e à obrigatoriedade de permanência no sistema por pelo menos cinco anos garantiu a assistência à população e, naquela oportunidade, mais de uma centena de leitos foram devidamente instalados e disponibilizados para o sistema de saúde pública, inclusive com o valor de diária estabelecido pela tabela SUS.

A interferência estatal se mostrou pertinente para suprir uma lacuna existente no mercado de saúde. A medida foi necessária para salvar vidas, o que indica que a ordem econômica deve ser modulada quando for estritamente necessário.

Atente-se que nem mesmo diante de ordens judiciais o Estado conseguiu atender de pronto as determinações de internação de pacientes na UTI, pois assim como os leitos estatais, os leitos privados também não dispunham de vagas. O credenciamento viabilizou a efetiva criação dos leitos.

O credenciamento se mostrou a melhor opção, a proposta mais vantajosa para a Administração. Observe-se que o valor de R\$ 100.000,00 era praticamente o valor para que o leito de UTI fosse montado, com maca e todos os equipamentos de monitoramento necessários.

Então logo se questionou se não seria mais interessante que o próprio Estado montasse os leitos e gerenciasse o serviço. Mas a resposta é negativa, pois além dos custos com a montagem do leito existe um alto custo de manutenção do paciente no leito, com profissionais multidisciplinares etc.

2.14.2. Remoção de pacientes em UTI aérea

Os serviços de transporte aeromédico de pacientes em Unidade de Terapia Intensiva - UTI Aérea, sempre foi um grande desafio, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. E, ao contrário do que possa parecer, o transporte aeromédico não se trata de um luxo, a medida é utilizada naquelas hipóteses em que o transporte terrestre apresentaria gravoso risco a vida dos pacientes.

A grande dificuldade, era justamente o custo, pois as longas distâncias e o elevado valor do combustível e dos profissionais especializados sempre impediram que o transporte aeromédico fosse oportunizado aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS e quando era feito, geralmente sob o manto de processos indenizatórios, o valor cobrado era astronômico.

O credenciamento das empresas do ramo somente foi viável por conta da grande demanda do Estado pelo serviço. Vale dizer ainda que remoção de pacientes em UTI aérea é um serviço que não consta na tabela SUS, motivo pelo qual o estabelecimento do preço se deu através de pesquisas junto a empresas do ramo.

Apenas para exemplificar, pode-se dizer que o preço médio do quilômetro voado girava em torno de R\$ 15,00 e as distâncias médias dos trechos mais frequentes eram de cerca de 2000 km, desta forma cada viagem custava em média R\$ 30.000,00 para os cofres públicos.

2.14.3. Cirurgias cardíacas pediátricas

A Bahia também realizou o credenciamento de interessados na prestação de serviços de saúde de alta complexidade, referentes ao mutirão de cirurgia cardíaca pediátrica para atendimento dos usuários do sus na faixa etária de 0 (zero) a 18 (dezoito anos). A contratação se deu por conta da longa fila de espera para que as crianças pudessem realizar os procedimentos, várias delas, inclusive, vieram a óbito pois a demora no atendimento agravou seu estado de saúde.

Vale dizer, que a ocorrência de enfermidades cardíacas em adultos e idosos é muito mais frequente que em crianças, por isso, até mesmo considerando a lei da oferta e da procura, a rede hospitalar não se organizou para atender a esta demanda pediátrica. O credenciamento, por sua vez, foi um instrumento eficaz para que os prestadores pudessem atender a esta demanda tão cara que é a vida de crianças.

2.14.4. Captação de córneas para transplantes

O credenciamento às instituições privadas - com ou sem fins lucrativos -, interessadas em oferecer serviços de saúde na área de doação de órgãos/tecidos e transplantes, para a realização de procedimentos ambulatoriais e hospitalares referentes ao diagnóstico de morte encefálica, entrevista familiar para doação de órgãos/tecidos, transplantes de órgãos/tecidos e acompanhamento pré e pós-transplante, além de internações de intercorrências no pós-transplante, complementando o Sistema Único de Saúde no Estado, em acordo com o artigo 24 da Lei 8.080/1990 foi outra alternativa que o Estado usou para solucionar um problema que a “mão invisível do mercado” não conseguiu.

O transplante de órgãos apresenta uma série de desafios que vão do convencimento da família em realizar doação de órgãos dos seus entes queridos que acabaram de morrer até o transporte adequado do órgão ao local de destino.

Em relação ao transplante de córneas existe um fator de grande importância pois maioria das pessoas que morrem costumam preservar as córneas em bom estado para transplante e aí o grande desafio é convencer a família e ter um profissional pronto para captar as córneas e implantá-las no paciente receptor.

O credenciamento desses profissionais representa um positivo marco no número de transplantes, pois de acordo com a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO) os transplantes de córnea representam praticamente a metade dos transplantes entre todos os tipos. (ABTO, 2022)

2.14.5. Ortopedia e traumatologia

O Credenciamento de interessados para a prestação de serviços de cirurgia de ortopedia e traumatologia (especialidade médica que se ocupa do tratamento cirúrgico de doenças inflamatórias, degenerativas e/ou traumáticas do aparelho musculoesquelético) também foi uma contratação que se impôs por conta da superlotação os hospitais ortopédicos, atrelado ao grande risco de sequelas que a demora no atendimento a esse tipo de trauma pode causar.

Note-se que a despeito da grande demanda, o setor hospitalar não se organizou sozinho para dar conta, pois como bem sabemos a contratação de prestadores pelo Estado demanda um processo administrativo que tem, em regra, seu surgimento a partir de ações do próprio Estado. Disponibiliza o credenciamento significa criar a oportunidade para que os prestadores de serviço possam ter a possibilidade de atuar nesse mercado.

2.14.6. Prótese dentária

Credenciamento de interessados para a prestação de serviços de confecção e fornecimento personalizado de próteses dentárias se revelou desafiador justamente pelo baixo custo do serviço.

Para o prestador só fazia sentido prestar esse serviço em grandes quantidades e o credenciamento, através da criação de lotes possibilitou que é a demanda de serviços fosse viável, inclusive com a participação de pequenos fornecedores que atuavam nas regiões mais afastadas da capital justamente para o atendimento da população menos favorecida que residia em áreas desguarnecidas de tal serviço de saúde. mais uma vez a interferência do estado neste segmento da

economia gerou mais assistência, sem comprometimento da concorrência e da competitividade, pois, como já foi mencionado, o credenciamento oportuniza a contratação de todos que se interessarem pelo serviço.

somente não participa, aquele prestador que não tem condições de prestar o serviço por ausência de capacidade técnica, documentação, profissionais etc. ou aqueles que realmente não têm interesse na demanda.

2.14.7. Oncologia

Com o objetivo de ampliar e qualificar os leitos clínicos de onco-hematologia, o estado da Bahia resolveu credenciar interessados na prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares para tratamento de pacientes portadores de distúrbios onco-hematológicos, inclusive, deu tratamento preferencial para as leucemias agudas dado o risco de óbito ser muito alto.

Serviço extremamente caro, urgente e necessário, especialmente para a população menos favorecida que é quem de fato utiliza o SUS.

2.14.8. Leitos de retaguarda

Em observância ao disposto na Lei nº 8.080/1990 e na Portaria GM/MS nº 1.606/01 e pela NOB 96 (Portaria GM/MS nº 2203/06) e na NOAS/SUS 01/02 (Portaria GM/MS nº 373/2002) e considerando, ainda, a falta de leitos suficientes na rede pública para a internação de pacientes de clínica médica e longa permanência que sobrecarregam os Hospitais Gerais de Urgência e Emergência, foi realizado o credenciamento de instituições privadas, de acordo com o art. 62 da Lei Estadual nº. 9.433/05, para o fornecimento de leitos de retaguarda, observadas as normas e critérios pré-estabelecidos no regulamento.

Esses leitos tinham justamente a missão de desafogar o sistema de saúde assoberbado de pacientes. Muitos deles não estavam em estado grave, em verdade estavam em convalescência, mas acabavam ocupando leitos importantes, às vezes até leitos de UTI, pois apesar de estarem “quase bons” não podiam ir para casa ainda, pois ainda careciam de observação.

2.14.9. Procedimentos oftalmológicos em unidade itinerante

O credenciamento de prestadores de Serviço de Oftalmologia da Estratégia Saúde em Movimento - 2013/2014 é outro excelente exemplo de intervenção bem-sucedida do Estado para salvaguardar os interesses dos usuários do SUS.

Atente-se que o edital do credenciamento exigia que o prestador tivesse capacidade de deslocar equipamentos e profissionais especializados para prestar atendimento de Consultas, Exames e Cirurgias Eletivas nas várias Regiões do Estado, além de capacidade logística para a adequação da estrutura física a ser utilizada na ação. Tudo isso, porque o objetivo era atender as pessoas que morassem em regiões não servidas pelo serviço oftalmológico, em especial a cirurgia de catarata.

Note-se que os serviços seriam prestados a pessoas que não podiam pagar nada pelo atendimento e mesmo que pudessem pagar, não seriam atendidas, pois a região não dispunha de serviço hospitalar instalado. Pelo credenciamento, os serviços eram executados em carretas equipadas para essa finalidade, possuíam até centro cirúrgico.

Vale dizer que a cirurgia de catarata é um procedimento relativamente simples que dura entre cinco e dez minutos, mas é extremamente eficaz e, em muitos casos, consegue possibilitar que uma pessoa com as vistas completamente embaçadas, a ponto de não reconhecer o próprio rosto no espelho, volte a enxergar imediatamente.

Isso aconteceu dezenas de vezes durante a execução dos serviços oftalmológicos na estratégia Saúde em Movimento, inclusive com uma criança que possuía severa catarata congênita e aos 7 anos nunca tinha visto o próprio rosto. A experiência é indescritível, considerando o eminente resgate não só da saúde ocular, mas principalmente da dignidade da pessoa humana.

2.14.10. Mamografia em unidade itinerante

O Chamamento público de interessados para a prestação de serviços, referente a procedimentos de imagem, punção/biopsia diagnóstica, laboratoriais e consulta médica especializada, relacionados a diagnóstico e rastreamento de câncer de mama em unidades móveis e satélites, para atendimento de usuárias do sistema

único de saúde – sus, na faixa etária de 50 a 69 anos, no Estado da Bahia foi o objeto outro importante credenciamento que salvou um número incontável de vidas.

O número de mulheres que morreram de câncer de mama na Bahia nos anos anteriores ao credenciamento foi altíssimo. A melhor forma de combater a doença era a prevenção (rastreamento do câncer de mama), a qual se consubstanciava nos procedimentos de imagem, punção/biopsia diagnóstica, laboratoriais e consulta médica especializada.

Entretanto, uma questão prejudicial se instalou: como fazer exames nas mulheres baianas, se a grande maioria dos 417 municípios não dispõem de unidade de atendimento com mamógrafo e mão de obra especializada? A saída foi credenciar unidades móveis para que pudessem se deslocar por todo Estado, a fim de que mais de um milhão de mulheres pertencentes à faixa etária de risco pudessem ser examinadas e diagnosticadas.

2.14.11. Remoção de paciente em ambulância

O credenciamento de prestadores de serviços para remoção de pacientes em unidades de suporte básico (USB) e avançado (USA) foi uma outra estratégia utilizada para atender à elevada quantidade de pacientes encaminhados para capital e/ou cidades polos, onde havia grandes centros hospitalares e emergências. O transporte também se destinava a levar os pacientes de volta para casa, após o tratamento.

Note-se que a rigor, a responsabilidade por esses transportes era do Município, mas diante da dificuldade das secretarias municipais na aquisição de veículos e de profissionais, bem como pelas, às vezes, baixa demanda individual de cada município, o Estado assumiu e concentrou a demanda, tornando o negócio rentável para as empresas.

Na oportunidade, a contratação abrangeu os Municípios de Salvador, Feira de Santana, Vitória da Conquista e Jequié. Os pacientes seriam regulados pelas Centrais de Regulação e/ou Complexos Reguladores do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.14.12. Outros credenciamentos

Ainda podemos citar o credenciamento de interessados para a prestação de serviços de saúde em Unidade de Pronto Atendimento - UPA Tipo III- no distrito sanitário do Subúrbio Ferroviário do Município do Salvador; o credenciamento de unidade de serviço móvel de saúde para realizar cirurgias de vasectomia em municípios com serviços de planejamento familiar aos usuários do sistema único de saúde – sus, com faixa etária de 25 a 44 anos

Bem como o credenciamento para contratação de serviços de saúde especializados em cirurgia bariátrica e metabólica com a realização dos procedimentos pré-operatórios necessários à sua realização e o credenciamento para Contratação de Serviços de Saúde para realização da implantação do Programa Estadual de Triagem Pré-natal em papel filtro, utilizando a tecnologia da análise do sangue seco (papel filtro) para detecção das doenças no período gestacional: 1º trimestre (Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV I e II, Sífilis, Toxoplasmose, Vírus T-Linfotrópicos Humanos - HTLV I e II, Hepatites B e C, Citomegalovírus e Doença Falciforme) e 3º trimestre (Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV I e II, Sífilis e Toxoplasmose) e Dosagem de Tripsina Imunorreativa (IRT) para detecção de Fibrose Cística no Programa Estadual de Triagem Neonatal em papel filtro.

2.15. Conclusão do Capítulo

Para concluir, convém reafirmar que o cerne do conceito de credenciamento encontra similitude na doutrina na legislação e na jurisprudência, tornando-se um estandarte da isonomia entre os prestadores (Santos, 2021). Em síntese, o credenciamento público é um procedimento administrativo de chamamento público, com preço e modo de execução predefinidos pela Administração, sendo exigível que os prestadores preencham requisitos previstos em regulamento específico (BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, 2021).

A Administração Pública, por sua vez, deve contratar o maior número de prestadores possível, pois foi justamente essa alta demanda que justificou a realização do credenciamento em detrimento de outras modalidades licitatórias.

A base legal do credenciamento, na esfera Federal é a Lei 14.133/2021, especialmente, os artigos 6º, inciso XLIII, o artigo 74, inciso IV e o artigo 79. Esta

legislação situa o credenciamento como uma hipótese de inexigibilidade caracterizada como procedimento auxiliar das licitações e das contratações. No âmbito estadual, Bahia, Paraná, Pernambuco e Goiás foram vanguardistas ao tratar do credenciamento, inclusive, de maneira similar ao que está disposto atualmente na legislação federal.

Na jurisprudência, o credenciamento já foi objeto de análise, por exemplo, do Tribunal de Contas da União (TCU), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) e todos eles reconhecem a validade do credenciamento como instrumento de contratação de prestadores da saúde complementar.

As vantagens da realização do credenciamento para a contratação de serviços complementares da saúde pública estão relacionadas com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros. Pois o instituto está previsto em lei, atribui as cotas de serviço de maneira isonômica entre os credenciados, registra uma relação contratual que durante muito tempo ficou à mercê dos interesses do gestor, tem na sua essência a publicidade do chamamento e representa a efetiva entrega do bem da vida e da saúde à população atendida.

Por tudo isso, o credenciamento também satisfaz às demandas dos órgãos de controle, especialmente dos Tribunais de Contas dos estados na análise anual para aprovação das contas públicas.

Na prática, o credenciamento, que não se confunde com o Sistema de Registro de Preços, se assemelha muito com o procedimento licitatório e contratual, com a importante ressalva de que não existe a fase de disputa dos preços, pois a própria Administração é que estabelece, previamente, os valores que serão pagos aos prestadores.

O fato é que muitas entidades da Administração Direita e Indireta utilizam o credenciamento como estratégia para contratar prestadores de saúde com vista ao atendimento de necessidades que possam ser melhor atendidas com a contratação do maior número de prestadores possível.

O Ministério da Saúde tem reconhecido o credenciamento público como instrumento de contratação da saúde complementar há muito tempo, inclusive criou um manual para orientar os gestores a realizar o credenciamento de prestadores.

Cumprir reiterar, contudo, que o Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde encontra-se desatualizado desde 2017, sendo premente a sua atualização aos ditames previstos na lei 14.133/2021.

Sobre os casos de credenciamento apresentados no tópico anterior deve-se apontar que geralmente o objeto a ser credenciado somente passa a existir por conta impossibilidade dos prestadores de atender à demanda, considerando as peculiaridades dos usuários e do próprio mercado que geralmente somente visa o lucro.

Em regra, os prestadores somente aceitam prestar os serviços por meio do credenciamento por conta da grande demanda “direcionada” pelo Estado através da formação de lotes, ou por conta dos incentivos financeiros outorgados e em alguns casos, por conta da logística estrutura do pelo poder público.

O princípio da complementaridade previsto no art. 199, §1º, da Constituição Federal, que permite a contratação de instituições privadas para a prestação de serviços de saúde e a competência supletiva do Estado na gestão e execução de serviços públicos de saúde (art. 30, VII da CF e art. 18, I e art. 17, III da Lei Orgânica da Saúde) é a base da utilização da iniciativa privada para complementar a oferta de serviços quando a rede pública não for suficiente.

Através do credenciamento é possível juntar o “melhor dos dois mundos”, pois se por um lado o Estado intervém criando no mercado de saúde oferecendo serviços gratuitos à população, por outro lado o Estado possibilita que os próprios prestadores privados possam prestar esse serviço recebendo o pagamento por ele.

Evidentemente que em última análise, quem paga por esses serviços é a própria população, mas de forma indireta, com os devidos ajustes que o princípio da capacidade contributiva pode fazer.

Note ainda que o credenciamento e o respectivo oferecimento de serviços públicos de saúde de modo gratuito e universal não representam uma invasão do Estado no Mercado, pois de fato o Brasil é um país continental com profundas desigualdades sociais, de modo que, em verdade, a maioria da população jamais teve ou terá um plano de saúde privado.

Se o Estado não tivesse um programa público de saúde, essas pessoas ficariam dependentes da filantropia e certamente haveria um notável crescimento da mortalidade e das doenças.

Em síntese, quando o Estado possibilita que a população usufrua gratuitamente dos serviços de saúde na rede privada, ele está na verdade criando um mercado no qual usuários e prestadores podem participar, sem esta ação estatal, provavelmente estes cidadãos não seriam usuários de nada. Também não parece válido pensar que pessoas que têm condições de ter um plano de saúde preferem usar o sistema público somente porque é gratuito.

O credenciamento é a verdadeira consagração de que é preciso realizar contratações públicas que atendam ao interesse da população. A final de contas, vivemos em uma República democrática, na qual os serviços são públicos e, portanto, não podem desguarnecer ao público que mais precisa, sobretudo, no que diz respeito aos serviços de saúde que são marcados pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

3. REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA

Este capítulo apresenta a teoria da regulação discricionária e sua relação com o credenciamento público disposto na Lei 14.133/2021. Além dos conceitos elementares, como regulação, regulamentação, regulação discricionária, preço-teto (price cap), falhas de mercado e outros. Serão apresentadas ainda, as diferenças entre regulação contratual e regulação discricionária; os principais benefícios da utilização da teoria e; porque os serviços de saúde complementar são passíveis de regulação discricionária.

Foge do escopo deste trabalho o comparativo aprofundado de modelos regulatórios ou a abordagem exaustiva da própria regulação discricionária. O que se pretende é a apresentação do instituto frente a necessidade de parametrização da relação entre a Administração Pública e os prestadores dos serviços complementares de saúde, no que diz respeito à criação de incentivos que viabilizem a contratação dos serviços para melhor atender à sociedade.

3.1. Conceito de regulação

O conceito de regulação não é unívoco na doutrina e, dependendo do ramo do conhecimento (direito, sociologia, economia, ciências políticas etc.), pode ter diversos significados, sendo possível classificá-lo como um fenômeno interdisciplinar. Mesmo no âmbito das ciências jurídicas é possível encontrar um variado leque de conceitos aceitáveis de regulação.

Para Robson Rocha de Oliveira “*o modo como historicamente a regulação tem sido conceituada é resultado da evolução dos significados atribuídos a ela. Portanto, os conceitos de regulação abrigam ideias distintas e são utilizados em áreas muito diversas.*” (Oliveira, 2014)

De acordo com Francisval Mendes, a regulação é o “*conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público*” (mendes, 2022)

Contextualmente, a regulação surgiu a partir do processo de desestatização e privatização que transferiu diversas atividades para a iniciativa privada, ensejando a criação de agências reguladoras. Além disso, pode-se dizer que

a regulação representa uma intervenção do Estado na atividade econômica com o objetivo de corrigir as falhas de mercado.

De acordo com BROWN, a regulação significa:

A imposição de controles pelo governo sobre aspectos específicos das atividades das empresas. Quando o governo regula um setor de infraestrutura, ele impõe controles diretos e indiretos sobre as decisões ou ações das empresas dentro daquele setor. (BROWN et al, 2006, p. 16)

Cumprido acrescentar que de acordo com Robson Rocha de Oliveira a regulação não seve apenas para corrigir as falhas de mercado, pois serve também *“como um instrumento político fundamental, de caráter social”* (Oliveira, 2014). Esta abordagem contextualiza a regulação com o Estado de bem-estar social.

3.2. Regulação e regulamentação

A maior parte da doutrina defende que a regulamentação está relacionada com a competência exclusiva do chefe do Poder Executivo, conforme delineado no artigo 84, inciso IV. Assim, a regulamentação estaria relacionada com o poder regulamentar.

Diferentemente, a regulação pode ser exercida tanto pelo Poder Executivo, inclusive através das entidades integrantes da administração direta ou indireta, quanto pelo Poder Legislativo (mendes, 2022).

Também pode-se dizer que a regulamentação diz respeito às normas que incidem sobre determinada atividade, enquanto a regulação é bem mais que isso, pois está relacionada com uma série de condutas de fiscalização e controle que incidem sobre os regulados.

De acordo com Wuarla Gracielli Marcolino Kuzminski, as atividades judicantes também fazem parte do exercício da função normativa, o que a torna muito mais ampla que a regulamentação, alcançando ações de fiscalização e de efetiva aplicação de sanções.

A regulamentação se caracteriza como uma função política, inerente ao chefe do Executivo, que abarca a edição de atos normativos administrativos complementares à lei, diferente da regulação, a qual representa função administrativa característica ao exercício de função normativa, executiva e judicante. (Kuzminski, 2022)

O Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde tratou do tema, relacionando-o com a ideia de “regulação em saúde e dispôs que:

Alguns consideram que a regulação estatal na saúde é apenas o ato de regulamentar e elaborar as regras. Outros, ainda, consideram tratar-se de um conjunto de ações mediatas que se interpõem entre as necessidades dos usuários e seu acesso aos serviços de saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007, p. 8)

As relações da Administração Pública com aqueles que são alvo da regulação estão cada vez mais complexas, portanto, se torna perceptível que apenas a edição de normas não é suficiente para os serviços públicos sejam prestados com a eficiência que a sociedade quer, tem direito e precisa.

3.3. A regulação e o Sistema Único de Saúde (SUS)

Inicialmente, é preciso considerar que a regulação em saúde é uma espécie de regulação que comporta uma conceituação específica, isso porque o Sistema Único de Saúde (SUS) possui características muito peculiares em relação a alguns outros ramos de atividades que se subordinam à intervenção do Estado.

A marca indelével que caracteriza o SUS é a garantia de acesso universal, integral e de qualidade para todos os usuários do sistema, portanto a política de regulação adotada deve servir a este propósito, o qual revela a face mais lúcida do interesse público.

Sendo assim, a regulação em saúde diz respeito a uma *“ação social mediata, de sujeitos sociais sobre outros sujeitos sociais, que toma como objeto, para regulamentação, fiscalização e controle, a produção de bens e serviços no setor saúde.”* (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007, p. 9).

Convém ainda, expor a diferença entre regulação em saúde e regulação assistencial, esta última diz respeito especificamente à gestão de leitos, exames e consultas, já a regulação em saúde, conforme mencionado, envolve ações de controle, avaliação, auditoria.

O Ministério da Saúde (2007) estrutura a regulação em três níveis, conforme imagem abaixo:

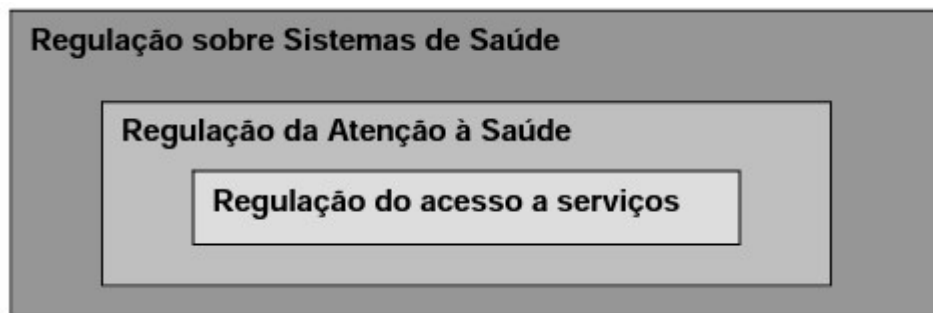


Figura 1 - Conjuntos de regulações feitas pelo Ministério da Saúde (MS)

Note-se que a regulação em saúde pode ser considerada um gênero que abriga a Regulação sobre Sistemas, a Regulação da Atenção à Saúde e Regulação do Acesso ou Regulação Assistencial.

Por fim, que a regulação em saúde deve ser exercida pelo Estado e de fato representa uma intervenção no domínio econômico, tendo em vista o impacto econômico que o seguimento da saúde tem na sociedade, atuando “sobre os rumos da produção de bens e serviços de saúde (Ministério da Saúde, 2007).

De acordo com o Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde a Regulação em Saúde consiste em:

Macroprocessos de gestão do setor Saúde, constituídos por um conjunto de ações que devem ser desenvolvidas de forma dinâmica e integrada, com o objetivo de apoiar a organização do sistema de saúde brasileiro, otimizar os recursos disponíveis, qualificar a atenção e o acesso da população às ações e aos serviços de saúde. A Regulação em Saúde compreende a elaboração de atos normativos que regulem ou regulamentem o setor Saúde, além de outras questões que impactem em seus determinantes. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 9-10).

Em síntese, deve-se enfatizar que o ato de regular deve levar em consideração a possibilidade de gerar mais bem-estar para a sociedade, considerando o bem-estar que seria gerado num ambiente sem regulação se houvesse concorrência entre eles, conforme orientação da CGU, quando diz que as “condições de mercado devem ser atendidas para que a regulação de preços seja necessária, ou seja, os casos em que essa intervenção de governo (controle de preços) gera mais bem-estar para a sociedade do que em um mercado sem controle de preços”. (Salvanes & Tjotta, 1998)

De acordo com Sundfeld e Câmara, (2009) existem dois modelos de regulação (político e técnico) e é fundamental que haja clareza sobre qual foi o modelo adotado, a fim de que os limites da atuação do regulador sejam bem delimitados e conseqüentemente a liberdade empresarial seja respeitada nos limites da lei.

Nos serviços públicos convivem modelos reguladores muito diferentes, que podemos chamar de político e de técnico. No modelo político, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação de largo espectro, que não encontra limite em qualquer direito à liberdade empresarial dos regulados; é um poder total, no sentido de que pode ir até onde os critérios políticos da autoridade determinarem. Já no modelo técnico, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação setorial limitado pelos espaços de liberdade empresarial assegurados pela lei. (SUNDFELD e CÂMARA, 2009. p. 1)

De fato, a identificação do modelo regulador como critério de interpretação das cláusulas gerais de competência é uma tese que faz bastante sentido, entretanto em relação à saúde complementar aparentemente o Estado não adotou, oficialmente, nenhum modelo.

Mas convém perguntar, a regulação discricionária dos prestadores de saúde complementar é técnica ou política? Não há como delimitar a questão com exatidão, em verdade o que existe, em regra, é a preponderância do técnico ou do político e não seria estranho defender a existência de um *tertium genus* que abrigue política e técnica em quantidades bem equivalentes.

Ao passo que o Estado Democrático de Direito não permite excluir a política da equação, a racionalidade não permite a exclusão total da técnica. Senão vejamos: no universo da saúde, a definição do que deve ser contratado, por exemplo, acontece em um ambiente técnico-político que tenta conciliar as necessidades da população considerando a questão sanitária nos cuidados preventivos, curativos e paliativos e as perspectivas dos gestores de saúde no trato da coisa pública.

Robson Rocha de Oliveira (2014) ao escrever sobre os conceitos de regulação e suas possibilidades, aponta que *“qualquer projeto consciente de intervenção para a melhoria da situação de saúde vai requerer conceitos fundamentados sobre regulação, justamente pela diversidade de sua extensão teórica e prática”*.

Observe-se que a gestão da saúde no Brasil tem comando único, mas é descentralizada, a fim de absorver as necessidades locais, portanto, sempre existem

muitos interesses em jogo, assim como o receio de que o agente público resolva decidir priorizando seus próprios interesses como espera a teoria da escolha pública (BUTLER, 2015).

Note-se ainda, que a identificação do modelo regulador possibilita, por consequência, a definição do critério de interpretação das cláusulas gerais de competência (SUNDFELD e CÂMARA, 2009).

No caso da saúde complementar, identifica-se que esse modelo é justamente a regulação discricionária e essa constatação decorre do fato de que o credenciamento é a melhor –e em muitos casos a única– forma de contratação de prestadores, sendo o credenciamento em exemplo de regulação discricionária, tendo em vista que nesta modalidade de chamamento público a Administração fixa o preço dos serviços.

3.4. Regulação da prestação de serviços complementares ao SUS

A regulação é uma forma de organização por intervenção do Estado. A Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a divide em três áreas: regulação econômica, regulação social e regulação administrativa. (União, 2023)

Enquanto a regulação econômica atua sobre os setores da economia e sobre a atividade econômica propriamente dita; a regulação social concentrase nas atividades de interesse social; e regulação administrativa é uma expressão da soberania do Estado, especialmente no exercício do poder de regulamentar.

O Manual de Orientações Contratação Serviço Saúde do Ministério da Saúde, por sua vez, dispõe que “*o monitoramento, a avaliação e a fiscalização de contrato são medidas poderosas colocadas à disposição da Administração na defesa do interesse público*”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 57). Desta forma, estabelece que a regulação da prestação de serviços complementares ao SUS está calcada na tríade: fiscalização, avaliação e monitoramento.

É de superior importância lembrar o termo contratualização que, em verdade, é uma expressão criada pelo próprio SUS designar uma forma diferenciada de contratação na qual os prestadores de saúde.

De acordo com o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS):

O Termo Contratualização é um neologismo do SUS e compreende toda e qualquer forma de concertação que vise, dentre outras coisas,

estabelecer mecanismos de subordinação do processo de contratação às diretrizes das políticas de saúde no âmbito do SUS com clareza das responsabilidades dos gestores e prestadores, utilizando diferentes instrumentos para celebração dos acordos que passam a embasar a regulação e a avaliação dos resultados na prestação de serviços, legitimando a transferência de recursos entre entes públicos ou de recursos públicos para a iniciativa privada. A contratualização de serviços de saúde compõe um eixo da Regulação da Atenção à Saúde. (conass, 2023)

É preciso, contudo, revelar um aspecto muito mais profundo da regulação da prestação de serviços complementares ao SUS, pois os valores envolvidos são tão elevados que em muitas situações a economia de toda uma cidade ou até mesmo de alguns setores de um Estado, podem ser completamente impactados por conta da política de contratação em saúde adotada por determinado Ente.

Atente-se que o orçamento da saúde no Brasil em 2022 foi de 155,50 bilhões de reais e nos dois anos imediatamente anteriores, esses orçamentos foram de 189,41 bilhões em 2021 e de 187,51 bilhões em 2020, conforme informações do Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União. Portanto, estamos falando de recursos que podem impactar até mesmo a economia do país.

Basta dizer que conforme estabelecido pela Constituição Federal do Brasil, é imperativo que os Estados e o Distrito Federal destinem pelo menos 12% de sua receita para a área da saúde pública, enquanto os municípios têm a responsabilidade de investir um mínimo de 15%. Isso significa que é fundamental que essas esferas de governo aloquem recursos financeiros consideráveis para garantir que a população tenha acesso aos serviços de saúde que necessita.

Por sua vez, o Governo Federal também deve cumprir com a sua obrigação e aplicar uma parcela significativa de seus recursos na área da saúde. Em geral, a regra estabelecida é que o governo federal dedique pelo menos 15% da Receita Corrente Líquida para a saúde pública. Essa destinação é fundamental para garantir o devido funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), que é responsável por oferecer serviços de saúde gratuitos e de qualidade para toda a população brasileira.

Por tudo isso, a regulação da prestação de serviços complementares ao SUS é muito mais que fiscalizar contratos, envolve ações transversais que devem considerar, inclusive, os impactos econômicos que as decisões estatais possuem no trato da saúde pública, ou seja, da vida das pessoas.

3.5. Regulação Discricionária

A regulação discricionária é um modelo regulatório em que a Administração Pública define previamente os preços e as condições de serviço, sendo inerente ao modelo a possibilidade reajustes periódicos dos preços dos serviços.

Conforme lição de Alfredo Assis de Carvalho:

No modelo de regulação discricionária, entidades reguladoras independentes recebem a responsabilidade de definir preços e condições de serviço, bem como de estabelecer regras relativas à organização e às finanças dos prestadores de serviços públicos (CARVALHO, 2021, p. 17)

A regulação discricionária proporciona mais possibilidades para que o Estado possa tomar decisões e estabelecer regras, especialmente sobre questões relacionadas à estrutura de custos, definição de preços, padrão qualidade de serviços e as áreas que devem ser priorizadas.

A regulação discricionária é um modelo regulatório que maximiza o poder da Administração, mas também aumenta a responsabilidade em relação ao êxito da prestação de serviços e seus impactos na sociedade.

De acordo com Gasiola (2014):

Na regulação discricionária, a conformação da atividade é construída pela atuação unilateral do ente regulador, impondo regras que afetam os agentes econômicos de forma estatutária, em bloco. Em outras palavras, quem quiser atuar ou quem atua no mercado regulado deverá se sujeitar ao controle regulatório existente e às posteriores alterações. Nas últimas duas décadas, esta regulação tem sido delegada da Administração Direta para autarquias de regime especial, chamadas de agências reguladoras ou “independentes”.

Vale observar que a regulação (*lato sensu*) pode ser vista como uma forma de intervenção que cria regras para que a competição entre os agentes aconteça de forma saudável para o sistema econômico com o todo. Já a regulação discricionária, costuma ser útil nos monopólios naturais, por exemplo, quando há a necessidade de se estabelecer um preço determinado.

Esta fixação de preços demanda que exista um padrão sazonal de revisão de preços que possibilite que o serviço permaneça viável. A partir daí é que surgem os conceitos de Revisão Tarifária Periódica (RTP), Reajuste por Índice Inflacionário (RPI), Preço-Teto (PT).

A revisão de preços é um requisito presente na regulação discricionária, no caso da contratação em saúde, deve-se considerar que os preços são definidos, em regra, pela Tabela SUS, instrumento que deve apresentar sempre preços exequíveis para os prestadores. A tabela, portanto, deve ter atualização periódica, a fim de que seja possível manter a quantidade e qualidade de serviços oferecidos.

Vale ressaltar que a Tabela SUS não é somente um instrumento que define os preços que serão pagos aos prestadores, pois é através da referida tabela que também se estabelecem os valores dos repasses obrigatórios ou não, entre União, Estados e Municípios.

De acordo com o Camacho e Rodrigues *“a Regulação Discricionária tem como objetivo alinhar os preços regulados aos custos eficientes de prestação do serviço ao longo do tempo”*. (Camacho & Rodrigues, 2022).

É importante observar que nem sempre o reajuste inflacionário anual será suficiente para cobrir realmente os custos da prestação de serviço. A partir daí, é possível dizer que a Revisão Tarifária Periódica RTP precisará apresentar outras formas de garantir a viabilidade da prestação de serviços.

Afinal, o papel do regulador é “identificar os riscos de negócio do setor regulado e escolher o modelo regulatório que gere os incentivos corretos dados os riscos existentes”. (Camacho & Rodrigues, 2022)

Vale considerar que o Ministério da Saúde (MS), no intuito de maximizar o processo de contratualização, criou uma série de incentivos financeiros para os prestadores de serviço. Dentre eles o famoso “Incentivo Financeiro 100% SUS” destinado a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que oferecem 100% de seus serviços de saúde, tanto ambulatoriais quanto hospitalares, para Sistema Único de Saúde (SUS) com exclusividade.

De acordo com o Ministério da Saúde o incentivo financeiro representa um acréscimo de 20% de toda produção do estabelecimento de saúde e desde a implantação do incentivo, em 2012 até o ano de 2017, 99 hospitais aderiram ao incentivo, gerando um impacto financeiro anual de R\$ 135.824.600,93. (BRASIL M. D., 2021)

Existem outros incentivos financeiros voltados à execução de atividades estratégicas, como, por exemplo, o incentivo estabelecido na Portaria nº 397, de 16

de março de 2020, que atualiza o programa Saúde na Hora e o adequa ao programa Previne Brasil (Portaria nº 2.979, de 29 de novembro de 2019), no componente “Incentivo para Ações Estratégicas”.

Em verdade, esses incentivos financeiros existem para suprir os déficits da Tabela SUS, que não remunera os serviços adequadamente, gerando a evasão de prestadores para a iniciativa privada.

A regulação discricionária, atrelada a uma política de revisão tarifária periódica pode ser a solução para que a prestação de serviços ao SUS se torne realmente vantajosa para os prestadores.

Vale informar que Senado Federal aprovou o PLS 468/2018 que trata da revisão anual da Tabela do SUS, o texto ainda não foi aprovado na Câmara dos Deputados. O Projeto altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e de acordo com a nova redação *aprovada pelo Senado “os valores para a remuneração de serviços prestados ao Sistema Único de Saúde (SUS) deverão ser revistos anualmente, de modo a cobrir os custos e assegurar a qualidade dos procedimentos”*. (BRASIL, Senado aprova revisão anual de tabela do SUS, 2023)

3.5.1. A regulação discricionária não é arbitrária

A regulação discricionária não é caracterizada como uma regulação arbitrária ou impositiva, apesar de em algumas ocasiões poder apresentar um certo grau de arbítrio, ao estabelecer os preços e o modo da prestação de serviços.

A regulação discricionária concede, de fato, maior margem de flexibilidade aos órgãos da Administração que exercem a atividade regulatória para tomar decisões administrativas, ressaltando que essa flexibilidade vem associada à responsabilidade pela eficácia do serviço quando atendidas as regras pelo regulado.

Tudo isso demanda que as decisões da Administração sejam técnicas, razoáveis, transparentes, exequíveis e devidamente fundamentadas. A escolha pelo modelo da regulação discricionária não pode ser subterfugio para o autoritarismo, ao contrário, a decisão pelo modelo deve ter fundamento justamente no entendimento de que a Administração tem condições de estabelecer preços e regras de prestação de serviço compatíveis com as regras que seriam naturalmente estabelecidas se houvesse um ambiente de competição adequado.

Cavalho (2021) cita Dutra e Kaecher (2021) para enfatizar “*a importância de não se tomar a ideia de regulação discricionária como sinônimo de uma atuação regulatória meramente arbitrária*”. (CARVALHO, 2021)

3.5.2. Da classificação de Regulação Discricionária

Conforme ensina Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues (2014), a regulação discricionária pode ser classificada em dois tipos: regulação por custo de serviço e regulação por Preço-Teto.

O primeiro tipo (regulação custo de serviço) é caracterizado “*por ser uma regulação ex post, ou seja, o regulador computa os custos incorridos na prestação do serviço (incluindo uma taxa de retorno adequada) e então estabelece o preço que cubra esses custos.*”.

Já a segunda (regulação por preço-teto) “*é caracterizada por ser uma regulação ex ante, ou seja, o regulador estima os custos esperados na prestação do serviço para o próximo ciclo tarifário (incluindo uma taxa de retorno adequada).*”

Além disso, entre as principais diferenças, pode-se dizer que na regulação custo de serviço o preço remunera os custos realizados, mais o custo de capital; A RTP não é fixa; o reajuste anual é feito pela RPI; a seleção adversa é baixa; o azar moral é alto; o custo de capital é baixo e pode haver casos de sobre investimento.

A regulação por preço-teto, por sua vez, remunera os custos esperados mais o custo de capital; a RTP é fixa; o reajuste anual considera a RPI mais a produtividade; a seleção adversa é alta, mas reduz com o tempo; o azar moral é baixo o custo de capital é alto, os investimentos, por vezes são de muita qualidade.

No tópico a seguir trataremos especificamente da regulação por preço-teto (price cap), tendo em vista que este modelo parece se adequar melhor às necessidades do Sistema Único de Saúde (SUS) na contratação de serviços complementares.

3.5.2.1. Regulação por preço-teto (price cap).

A Regulação *Price Cap* é um sistema de "preço-máximo" criado pelo economista Stephen Littlechild, no Reino Unido na década de 80. Diferentemente da regulação por taxa de retorno (as empresas determinam uma taxa de retorno sobre o capital), bem como da regulação por Custo Marginal (o lucro é totalmente regulado),

o Price-Cap estabelece a fixação de um preço teto reajustável anualmente pelo índice de inflação.

Na Regulação por preço-teto (price cap) também existe um fator de eficiência ou de produtividade que entra no cálculo do reajuste. De acordo com Ribeiro e Melo (2019, p. 50) *“há aqui a expectativa por ganhos de eficiência na gestão dos custos”*.

Em termos de vantagens, ao não garantir os custos realizados, a regulação por preço-teto pode gerar os incentivos desejados para um aumento de eficiência e esforço por parte do regulado na busca pela minimização dos custos ou maximização do lucro, o que vai se refletir em uma redução do preço-teto na próxima revisão. O aumento da eficiência acontece no cenário em que o preço-teto é estipulado em patamar suficiente para a cobertura dos custos associados à melhoria do nível de serviço. (RIBEIRO E MELO, 2019, p. 50)

Por fim, existe um terceiro fator que pode influenciar no reajuste, quando eventos externos promovem mudanças substanciais no setor.

É importante salientar que as revisões periódicas não precisam, necessariamente, serem feitas de ano em ano, inclusive, é comum que os intervalos sejam maiores em contratos mais duradouros, como concessões e projetos que envolvam grande infraestrutura.

De acordo com Camacho e Rodrigues (2022, p. 266), *“as revisões tarifárias são fixas e realizam-se, geralmente, de cinco em cinco anos. Ou seja, existe uma previsão de quando o preço-teto será revisado com base nos custos da firma”*.

O modelo price cap é extremamente interessante nos casos em que a Administração precisa estabelecer o preço do serviço, porque estimula a eficiência das empresas reguladas. Atente-se que os valores são definidos anualmente pelo próprio Estado e a empresa precisa ser eficiente e produtiva nos parâmetros esperados, pois o seu desempenho influenciará diretamente no reajuste.

Além disso, considerando que os valores são fixos, pois existe um preço teto, para que a empresa melhore seus lucros, ela precisará reorganizar seus custos tornando cada vez mais eficiente.

É preciso ressaltar que há três décadas o movimento de privatização se intensificou ao longo do mundo e a partir disso, muitos modelos de regulação foram

testados, sendo a regulação tarifária por preço-teto (price cap) o modelo de destaque, especialmente na Inglaterra (Saintive & Chacur, 2006, pp. 9-11).

Além da Inglaterra, diversas empresas no Reino Unido já fizeram uso do Price cap, que *“é talvez a mais significativa inovação em termos de regulação enquanto alternativa ao ROR (taxa de retorno)”*. (Zanini, 2004).

3.5.3. Diferença entre regulação discricionária e regulação contratual?

A dicotomia entre regulação discricionária e regulação contratual é sem dúvida o tema mais recorrente na abordagem da regulação discricionária. Aparentemente, tratar da distinção é a estratégia mais produtiva para expor o conceito de regulação discricionárias sem maiores complicações.

Pode-se dizer que *“a Regulação Discricionária é mais flexível para lidar com incertezas e incorporar inovações por meio das revisões tarifárias, o que exige um aparato regulatório mais robusto”*. A Administração assume esse papel mais difícil para ter mais segurança do que será feito e de quanto será gasto, ficando responsável pela revisão futura.

Por outro lado, a Regulação por Contrato simplifica as ações iniciais da Administração, pois cabe ao prestador interessados alinhar todos os fatores para que a prestação seja viável e os valores recebidos sejam suficientes, até porque eventuais alterações futuras demandarão o comum acordo entre as partes. (Camacho & Rodrigues, 2022)

Outro ponto essencial para entender a distinção, conforme ensina Carvalho, é que *“a regulação discricionária visa simular as condições de um mercado competitivo, ou seja, de competição no mercado, em contraposição à competição pelo mercado que ocorre na regulação contratual”*. (CARVALHO, 2021).

Por fim, deve-se observar que regulação discricionária e regulação contratual não são figuras estanques ou sem qualquer possibilidade de relacionamento entre si, pois *“não existir uma contraposição rigorosa, mas sim “um continuum que vai da ‘regulação (preponderantemente) contratual’ até a ‘regulação (preponderantemente) discricionária’, com incontáveis situações intermediárias”*. (CARVALHO, 2021)

A Revisão Tarifária Periódica (RTP) é uma característica inerente à regulação discricionária, pois considerando que foi a Administração que estabeleceu o preço da prestação de serviços, também cabe a ela fazer esse reajuste periódico. Já no âmbito da regulação contratual, eventuais reajustes, os quais em regra, são propostos pelo contratado/regulado, somente acontecerão dentro da lógica de reajustes consensuados, conforme escreveu Camacho e Rodrigues (2021, p. 260), *in fine*:

Por outro lado, a diferença básica entre as abordagens Regulação Discricionária e Regulação por Contrato é a existência ou não de mecanismo de ajuste adicional que realinha periodicamente o preço-
teto PT aos custos da firma regulada. Tal mecanismo é comumente denominado Revisão Tarifária Periódica (RTP) e está presente somente na Regulação Discricionária (Camacho & Rodrigues, 2022).

3.6. Principais benefícios da utilização da teoria da regulação discricionária

Entre os principais benefícios da utilização da regulação discricionária, especialmente na área de saúde complementar estão os seguintes:

1. **Adoção de um modelo regulatório:** O simples fato de adotar um modelo regulatório para a atividade já representa um avanço na gestão do sistema, inclusive trazendo mais segurança jurídica para os prestadores dos serviços complementares da saúde.
2. **Formalização da prática de precificação pelo Estado.** A regulação discricionária é uma confirmação teórica de que a prática de prefixação de preços é uma conduta plenamente aceitável num cenário em que não existe competição entre os prestadores, pois nenhum deles é capaz de atender a toda a demanda.
3. **Revisão Tarifaria Periódica:** A regulação discricionária traz consigo a regra de revisão tarifaria periódica, o que *mutatis mutandis*, pode ser aplicado aos credenciamentos de prestadores complementares da saúde, especificamente no que diz respeito à Tabela SUS.
4. **Exposição prévia das regras:** A exposição prévia das regras e a necessidade de bem fundamentar as decisões, inclusive com justificativas técnicas, também soma positivamente para que a relação entre prestador e contratante seja mais previsível.

5. **Independência decisória:** A independência decisória também é uma característica positiva, pois a área de saúde é um setor sensível e muitas vezes o excesso de burocracia atrapalha e atrasa a resolução de problemas inadiáveis.

Ao tratar do tema, Carvalho (2021) aponta diversos princípios da função de regulação que se apresentam como pontos positivos, a partir da utilização da teoria da regulação discricionária, quais sejam: “independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”. (CARVALHO, 2021)

3.7. Falhas de mercado

As chamadas “falhas de mercado” são distorções econômicas que resultam em efeitos mais negativos que positivos para os agentes econômico envolvidos, geralmente privilegiando uns em detrimento de outros. As principais causas deste fenômeno é a falta de competição que muitas vezes é motivada pelo desproporcional poder econômico de alguns agentes ou pela escassez de prestadores ou de matéria prima.

Em outras palavras, quando há falha de mercado, a alocação dos recursos não é naturalmente eficiente e a atuação de um agente externo pode criar situações, regras ou até fazer investimentos que acabem com o fator que gera a falha de mercado ou, pelo menos, atenuem os efeitos por ela causados.

Na economia, a falha de mercado é uma situação na qual a alocação de bens e serviços por um mercado livre não é eficiente, frequentemente levando a uma perda líquida de bem-estar social. Os fracassos do mercado podem ser vistos como cenários em que a busca individual de puro interesse próprio leva a resultados que não são eficientes - que podem ser melhorados do ponto de vista da sociedade (JONH O., 2008)

A atuação Estatal em uma área afetada pelas falhas de mercado pode ser necessária para que o sistema alcance mais eficiência na alocação dos recursos. Assim a sociedade será a maior beneficiada com o desenvolvimento de uma atividade que possa gerar riqueza, emprego, renda e em última análise, bem-estar social.

3.8. Externalidades

Sinteticamente, pode-se dizer que, em termos econômicos, externalidades são efeitos colaterais sobre terceiros que não participaram das decisões que geraram tais efeitos.

O conceito de externalidades tem a ver com os impactos das ações de agentes dentro de um determinado mercado sobre terceiros que não participam dessas ações. Assim, as externalidades podem ser positivas ou negativas, conforme os referidos impactos sobre terceiros sejam vantajosos ou prejudiciais.

Diz-se que um agente econômico ou grupo de agentes econômicos exerce uma externalidade quando sua atividade proporciona aos outros uma utilidade ou vantagem de maneira gratuita, ou, ao contrário, uma *inutilidade*, um prejuízo sem compensação. (TIROLE, 2020, p. 71)

No mercado da saúde complementar, geralmente essas “externalidades”, especialmente as negativas, têm como principal vítima, a população ou os pequenos prestadores, entre outros. A atuação do Estado para tentar mitigar as externalidades é fundamental, pois na verdade no sistema vigente há escassez de serviços de saúde, especialmente os de alta complexidade, o que causa prejuízos relevantes.

Geralmente, a poluição atmosférica, o congestionamento nas estradas e a sinistralidade em rodovias são listados como exemplos de externalidades, mas no ramo da saúde, no mais das vezes, as externalidades são o agravamento de doenças e até morte de pessoas, tudo isso em larga escala.

3.9. A escolha do modelo regulatório (Regulação Discricionária) e sua relação com a Regulação Responsiva

Inicialmente, convém esclarecer que o presente tópico não se presta à realização de um comparativo exaustivo dos dois modelos regulatórios (Regulação Discricionária e Regulação Responsiva). O objetivo é citar alguns aspectos que demonstram a peculiaridade das contratações da saúde pública complementar e sua sinergia com regulação discricionária e detrimento de outros modelos.

A escolha da regulação responsiva, como exemplo, se justifica pelo fato da mencionada teoria ser bastante aclamada por boa parte das Agências Reguladoras,

mas, definitivamente, o presente trabalho não se propõe ao estudo aprofundado do modelo responsivo.

Dito isso, pode-se asseverar que a regulação responsiva é uma modalidade regulatória que tem foco nos incentivos, de modo que as punições peculiares do padrão de comando e controle passam a ser uma das últimas opções na relação entre regulador e regulado. Portanto, a regulação responsiva torna-se mais adaptável e flexível, a fim de que a Administração decida o caso concreto a partir da sua própria expertise, desde que observadas as regras gerais que foram previamente definidas.

Através da regulação responsiva se busca ter um relacionamento mais cooperativo com o agente regulado para evitar punições excessivas, ao passo que se promove comportamentos positivos e fomentadores do diálogo e da transparência.

Percebe-se ainda, que neste modelo o regulado parece ter mais liberdade para executar os serviços com o mínimo de interferência das agências reguladoras e a regulação não se torne um custo a mais, nem represente um motivo para o abandono da atividade. As punições (ações de *enforcement*) vão variar de acordo com o comportamento do regulado.

O modelo da regulação responsiva parece irrepreensível e a sua flexibilidade e versatilidade promete dar conta de substituir praticamente qualquer modelo, ao ponto de fazer com que o administrador público se pergunte por que não implementar a modelo responsivo. Diversas agências reguladoras têm adotado o modelo regulatório da regulação responsiva, senão vejamos.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) lançou em 2020 um Projeto para implementar a Regulação Responsiva, o objetivo foi melhorar os índices de conformidade regulatória, “com a iniciativa, a Agência busca também estimular a adoção de intervenções menos prescritivas para temas de menor risco por exemplo, o uso de selos, premiações e de soluções consensuais”. (ANAC, 2021)

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), de acordo com o que escreve Alexandre Almeida da Silva (2022), passou a adotar um discurso aderente com a regulação responsiva. (Silva A. A., 2022)

Afirma-se, que *“foi dada preferência ao fomento do diálogo e da transparência no processo de regulação, assumindo a Agência que o foco da atividade*

de ordenação do mercado deve estar no resultado, na eficiência, esta aferida principalmente pela satisfação do usuário” (SILVA, 2022).

A adoção do modelo responsivo pela ANATEL foi confirmada pelo Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações com a aprovação do Regulamento de Fiscalização Regulatória e do novo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), que consolidaram a adoção da teoria da regulação responsiva (anatel, 2022)

Por tudo isso, se verifica que a regulação responsiva é de fato uma abordagem regulatória inteligente, convém esclarecer, contudo, porque o presente trabalho investiga a pertinência da regulação discricionária na contratação de serviços complementares de saúde ao SUS, deixando de lado um modelo tão proeminente como a Regulação Responsiva.

Em primeiro lugar, fica perceptível que a regulação responsiva se apresenta como uma excelente substituição à abordagem estática das técnicas de comando e controle, com punições exageradas e pouco diálogo e transparência na tomada de decisão.

No caso dos serviços complementares de saúde, praticamente não existe essa demanda pela substituição ou arrefecimento dos mecanismos de comando e controle, pois a aplicação de punições e multas não é uma realidade que caracterize o setor. Pode se dizer, inclusive, que punições e multas são relativamente raras nessa área.

Ademais, ao contrário do que ocorre nos serviços de telecomunicações, bem como na aviação civil, o serviço de saúde complementar já é pautado por muito diálogo. Às vezes até em excesso, o que não raras vezes, suscita suspeitas de captura e comportamentos não republicanos por parte de gestores não comprometidos com a legalidade.

Atente-se que na regulação discricionária também existe diálogo entre prestadores e a Administração Pública e, de acordo com GASIOLA (2014) *“a participação dos agentes econômicos na regulação da atividade, seja ela orgânica ou não, não desnatura o caráter unilateral da regulação discricionária.”* (Gasiola, 2014)

O que acontece de fato é que a demanda de serviços é muito maior que a oferta, notadamente naquelas especialidades de baixa rentabilidade e nas regiões

cujo mercado não é atrativo para os prestadores, seja pela distância das grandes metrópoles, seja porque a dificuldade de atrair profissionais de saúde – especialmente médicos – para locais longínquos é muito grande. Tudo isso representa grande entrave para a prestação dos serviços.

É evidente ainda, que os incentivos são benéficos para otimizar a prestação dos serviços complementares, mas o que de fato representa a necessidade do setor, com vista ao atendimento dos princípios do SUS, é a definição de estratégias efetivas de chamamento dos prestadores para se disponibilizarem ao sistema de saúde com atenção às necessidades e prioridades sanitárias escolhidas técnica e politicamente pela gestão do sistema.

Os prestadores não deixam de contratar com o SUS por conta do medo de punições ou pelo excessivo cabedal de regras para compreender e aplicar. O principal motivo pelo qual os prestadores deixam de prestar serviços à saúde Pública é a defasagem da Tabela SUS e a dificuldade que os próprios gestores têm de executar os procedimentos necessários à contratação dos prestadores.

Italo Wolff (2022) aponta que a Tabela SUS tem defasagem de pelo menos 20 anos e isso tem levado hospitais à falência. Ele afirma que “hospitais particulares que atenderam o SUS no passado deixaram de fazê-lo.”

Acredito que, se a tabela fosse sempre atualizada, representaria uma vantagem para todos. Seria atrativo para os hospitais privados, por conta do volume de pacientes; seria positivo para os pacientes, que poderiam utilizar gratuitamente os serviços de grandes hospitais; e seria bom para a saúde pública por desafogar a demanda. Infelizmente, é inviável. Os valores pagos não cobrem nem mesmo os insumos de exames, que dirá internações e procedimentos. (Wolff, 2022)

Em que pese as impressões de que o modelo discricionário possa representar um menor nível de transparência e accountability em relação à regulação responsiva, o fato é que ambas as abordagens têm vantagens e desvantagens e que a escolha entre elas depende do setor regulado e do contexto em que a regulação é implementada.

Deve considerar ainda, que regulação responsiva e regulação discricionária são categorias com forco distintos, de modo que é possível a conciliação de técnicas e estratégias para que as duas teorias convivam harmonicamente.

Vale apontar como o credenciamento de prestadores de serviços de saúde complementar se relaciona com a regulação discricionária, a qual, *“tem por desiderato estabelecer uma estrutura de custos para o agente regulado, a ser remunerada por determinada taxa de rentabilidade, ou preços que sejam compatíveis com os custos subjacentes em regime de incentivo à eficiência”*. (Veras, 2021)

Além disso, a possibilidade de se estabelecer reajustes periódicos representa marco para viabilizar que o SUS atenda aos seus princípios fundamentais, especialmente a universalidade. Classificar o credenciamento como um instrumento de regulação discricionária, de certa forma, significa consolidar a necessidade de reajustes periódicos.

3.10. Conclusão do capítulo

O presente capítulo investigou o conceito de regulação discricionária para determinar o seu enquadramento nas atividades sanitárias, observados os fundamentos da regulação.

Propor essa nova forma de ver a saúde complementar, a partir de um olhar regulatório, não tem a ver com o entendimento de que o Estado deve se imiscuir na atividade privada, simplesmente porque possui poder para isso. A atuação estatal na saúde complementar tem a função de contribuir para arrefecer os efeitos negativos decorrentes das falhas de mercado, bem como para conter as externalidades nocivas ao cumprimento dos princípios do sistema.

Mas que simplesmente apontar a regulação discricionária como um modelo adequado, o que se verifica é que há uma premente necessidade de se refletir sobre o tema “regulação” no âmbito da saúde pública, de modo que se possa estabelecer parâmetros técnicos na relação entre Administração Pública e Prestadores de serviços Regulados.

Pois bem. Observe-se que o SUS, em regra, precisa contratar o maior número possível de prestadores, não havendo concorrência entre eles, uma vez que todos serão convidados à prestação dos serviços, com vistas ao atendimento dos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

Dessa forma, a contratação deve ser feita por meio do credenciamento, situação em que a Administração Pública diz previamente qual o preço do serviço,

geralmente com base na Tabela SUS, sendo que o principal problema na contratação é justamente a atualização dos preços dos serviços.

Dessa forma a regulação discricionária se apresenta como uma modalidade regulatória válida para a contratação dos serviços complementares de saúde, pois une a possibilidade de regulação (mais controle da contratualização) com o requisito do estabelecimento de preços pela Administração e ainda resolve o problema da falta de atualização da Tabela SUS, pois o modelo discricionário demanda a atualização periódica dos preços.

Por tudo isso, percebe-se ainda, que dentre as possibilidades de regulação discricionária, a opção pelo Preço-Teto se mostra bastante condizente com o tipo de contratação que ocorre no setor da saúde pública, especificamente em relação aos serviços complementares.

4. INTERESSE PÚBLICO

O presente capítulo apresenta a importância do princípio do interesse público na regulação dos serviços de saúde.

4.1. Interesse público e as doutrinas socioeconômicas

É inevitável considerar que o interesse público tem acepções distintas a depender do modelo de Estado que se tenha. No Estado liberal clássico, a lei era usada para coibir eventuais ações arbitrárias dos agentes públicos, de modo que as liberdades civis fossem respeitadas ao máximo, sempre em atenção ao primado da segurança jurídica.

Contudo, a manutenção desse modelo se mostrou crítica, pois gerou desassistência, marginalização e violência. A defesa de que o Estado não deve intervir na sociedade, somente é válida quando estamos em um ambiente perfeito, no qual todos os indivíduos têm as mesmas oportunidades e podem competir de igual para igual.

No mundo real, as discrepâncias sociais são tão profundas que o modelo liberal, em verdade, representa o abandono de boa parte da população à sua própria sorte. Lembrando que vida em sociedade por si só já demanda que a coletividade apresente respostas que contemplem a maioria ou pelo menos grande parte das pessoas e o Estado é a principal organização incumbida de dar estas respostas, até porque foi o próprio Estado que fomentou essas desigualdades com práticas coloniais, escravocratas e políticas que fomentaram a criação de oligopólios, divisão de classes e conseqüente marginalização e pobreza.

Inevitavelmente, em dado momento, esse modelo liberal sucumbiria, dando origem a um Estado de Bem-estar Social, calcado na ideia de que, de alguma forma, o Estado tem que atuar para garantir a fruição dos direitos sociais e do desenvolvimento nacional, ainda que isso demande uma maior intervenção pelo Estado. Até porque, em um país tão desigual como é o Brasil, não se pode simplesmente pressupor que todos são capazes de prover tudo que precisam para ter uma vida digna. Ademais, conforme mencionado, os flagelos sociais que maximizam as desigualdades têm sua origem nas ações do próprio Estado.

Por fim, o Estado neoliberal, por sua vez, prega a redução do tamanho do Estado, descentralização de atividade, privatizações, terceirizações de serviços públicos, delegação de atividade sociais para o terceiro setor, adoção de formas de contratualização de resultados, entre outros.

A abordagem neoclássica tem como fundamentos a ideia de que o mercado sempre busca o equilíbrio, promovendo a alocação ótima dos recursos. Estabelece ainda, que os agentes são racionais e buscam seus próprios interesses, sendo o resultado desta busca o interesse público e, por fim, defende que o mercado é o mecanismo mais eficiente para distribuir recursos escassos. (Heinen, 2015).

Se o livre mercado é a representação perfeita do interesse público, porque o Brasil ainda tem um trágico cenário de desigualdades, no qual, na maioria das vezes o “público” não é atendido a contento? Parece ser excessivamente sádico crer que o interesse público atua em detrimento de si mesmo.

Especialmente em países subdesenvolvidos, com grandes populações e com reconhecida desigualdade social, a regulação se torna mais que um mero método de promoção de uma economia eficiente, a regulação muitas vezes se torna a única possibilidade de garantir a assistência às pessoas que mais precisam.

Por fim, vale considerar que os modelos de Estado não são estanques, de modo que cada um deles tem pontos que se interrelacionam. O que se apresenta como ponto comum é o fato de que seja qual for a forma do Estado, o interesse público precisa, em alguma medida, ser observado.

4.2. Teorias positivas da regulação

Considerando o objeto do presente trabalho, é fundamental discorrer sobre as teorias positivas da regulação, pois estas teorias estão mais voltadas à análise prática da regulação, no sentido de perceber *“as formas que a regulação toma e as suas consequências distributivas, ou seja, quem recebe os benefícios e ônus”* (Nagib, 2013, p. 6). Por outro lado, as teorias normativas têm como premissa que *“a regulação deve ser organizada tendo como parâmetro a eficiência econômica”* (Nagib, 2013, p. 6)

Atente-se que, conforme já mencionado, o marco teórico do presente trabalho está relacionado com a teoria do interesse público, no sentido de que o parâmetro da eficiência econômica ocupa papel secundário em relação ao ideário de

bem-estar social resultando do atendimento das necessidades de saúde da população.

Silvia Kicis Nagib (2013), em sua obra “Regulação: teorias, instituições e desenhos”, ao citar a classificação de Joskow e Noll (1981 p. 36), reuniu as principais informações sobre teorias positivas da regulação, as quais estão divididas em três espécies: teoria da captura, teoria econômica e teoria do interesse público.

Em síntese, a autora aponta que a teoria da captura pressupõe a *“dominação do regulador pelo interesse das indústrias”* a teoria econômica, enxerga *“a regulação como um bem econômico cuja alocação obedece às leis da oferta e demanda”* e a *“teoria do interesse público, que justifica a atuação do governo na correção de imperfeições do mercado”* (NAGIB, 2013, p. 7).

A essência do Sistema Único de Saúde (SUS) universal e gratuito é o oferecimento de cuidados preventivos, curativos e paliativos para a população brasileira. Esta entrega é a efetivação do direito fundamental da saúde, que deve ser garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. É a clara declaração da inviolabilidade do direito à vida.

Não se trata de uma monção de despreço ao mercado e seus agentes, nem um descaso com a eficiência econômica, também não se trata de um legítimo exercício da técnica da ponderação que, no caso, privilegiaria a saúde coletiva em face da ampla liberdade econômica.

Mas porque não se pode considerar esta escolha a partir da técnica de ponderação de princípios? Simplesmente porque a técnica da ponderação pressupõe que em dado momento um princípio sobreposto anteriormente pode vir a sobrepor aquele princípio que o sobrepusera. Entretanto, não conseguimos vislumbrar uma situação em que, com correção, a saúde pública possa ser desprezada em favor da liberdade econômica.

Em regra, os prestadores de serviços de saúde complementar, assim considerados os hospitais, clínicas, laboratórios entre outros, são grandes empresas que detém estrutura e capital para se adequar às regras do sistema. A população não consegue competir, nem se quer se organizar para fazer frente ao interesse econômico das empresas.

Até mesmo no setor privado dos planos de saúde foi necessário a criação de uma agência reguladora para estabelecer parâmetros de controle que harmonizassem os interesses públicos e privados, bem como aqueles interesses da própria Administração Pública.

Sobre o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar, vale frisar que de acordo com o art. 3º da Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, que cria a ANS e dá outras providências:

A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do **interesse público** na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Como se pode notar, a ANS, que cuida das operadoras privadas em suas relações com os consumidores, também tem por finalidade a proteção do interesse público, quanto mais o Ministério da Saúde ou Secretarias Municipais e Estaduais que cuidam da contratação de prestadores que servem aos usuários do SUS. Na prestação complementar o interesse público é ainda mais latente e inescusável.

O curioso é que mesmo com a prescrição da 3º da lei nº 9.961/2000, os consumidores ainda sofrem muitíssimo no mercado de saúde suplementar, ocupando uma cadeira ativa na judicialização.

Segundo Capez e Puglisi:

A judicialização da saúde suplementar é um problema complexo que afeta a relação de milhões de consumidores com operadoras de seguro de saúde. A solução da problemática demanda a busca por um equilíbrio entre o direito à saúde, respeito aos ditames constitucionais e ao Código de Defesa do Consumidor, com a sustentabilidade do sistema. (Capez & Puglisi, 2023)

Para Marcos Paulo Falcone Patullo *“o interesse público em regulação da saúde suplementar deve ser resgatado do ceticismo e individualismo metodológico que caracterizam teorias econômicas da regulação”*. (Patullo, 2023, p. 1). Com as devidas proporções os serviços de saúde complementar também precisam ter o interesse público resgatado.

4.3. Teorias da regulação

Ao tratar das teorias da regulação que discutem o “interesse”, propriamente dito, automaticamente se pensa nas teorias institucionalistas, do interesse privado da regulação e do interesse público da regulação. Convém analisar, ainda que em linha de prospecção, como a prestação de serviços complementares à saúde se organizaria num ambiente de aplicação de cada uma dessas teorias.

A base das teorias institucionalistas é a crença de que existe uma interdependência entre as empresas reguladas (setor privado) e o Estado regulador (setor público). Haveria uma constante oscilação entre a publicização do privado e a privatização do público e a chamada “mão invisível do mercado” atuaria para promoção de algum equilíbrio entre essas forças.

Ao apresentar situações que, em tese, poderiam se enquadrar como expressões das teorias institucionalistas, Luiz Alberto da Silva, ao tratar da referida teoria, afirma que:

Isto pode se verificar quando certos serviços públicos essenciais são ofertados por agentes privados que, objetivando lucrar com essas atividades, conseguem promover externalidades para a sociedade na forma de benefícios coletivos. (SILVA, 2017)

Por outro lado, deve-se considerar que a contratação de serviços complementares não são regulados com base nas teorias institucionalistas, ou, pelo menos, não o são de maneira predominante, pois como já foi mencionado, para que o sistema funcione, as empresas prestadoras de serviços de saúde deverão se envolver com os princípios e políticas do SUS, com um comprometimento que vá além do mero dever de cumprir o contrato, ou do mero objetivo lucrativo, por isso o Ministério da Saúde chamou a política de contratualização e não de simples contratação.

Um bom exemplo para demonstrar situações práticas que apontam que os prestadores privados precisam estar imbuídos dos primados do SUS são as políticas de desospitalização. Em regra, ter o paciente internado, seja em leitos de UTI ou leitos comuns, gera mais lucros para o prestador que quando o paciente faz procedimentos ambulatoriais, entretanto, espera-se que o prestador ocupe esses leitos pelo menor prazo recomendado.

Quando o prestador faz isso, ele está renunciando ao seu próprio lucro para que o sistema de saúde pública prospere e, em última análise, os pacientes do SUS tenham um tratamento mais adequado e com menos risco à saúde, como infecções etc.

As teorias do interesse privado da regulação buscam os interesses de determinado(s) grupo(s) econômicos, geralmente em detrimento de outros grupos com menor poder econômico.

Júlia de Carvalho Barbosa afirma que *“para essa teoria, a regulação seria basicamente o resultado da relação entre oferta de regulação (oferta dos agentes políticos) e demanda por regras (grupos de interesses, empresas e indivíduos)”* (BARBOSA, 2014, p. 1). Desta forma, o interesse privado seria a motivação para que houvesse atividade regulatória (Salgado, 2003).

Observe-se que tanto a teoria institucionalista quanto a teoria do interesse privado da regulação trazem uma importância para o interesse privado que o iguala ou até sobrepõem o interesse público, o fato é que o direito brasileiro (considerada a abordagem legislativa), pelo menos em tese, não reconhece a predominância de tais interesses. Senão vejamos:

A Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e é aplicável a todas às agências existentes no país (Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Mineração (ANM) estabelece o interesse público como um princípio de observância obrigatória.

O art. 4º, por exemplo, estabelece que *“a agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”*. Grifamos.

Muito antes da 13.848, de 25 de junho de 2019, Álvaro Augusto Pereira Mesquita já afirmava que:

A atuação do Estado regulador caracteriza-se pela intervenção indireta do Estado na ordem econômica, regulamentando e fiscalizando a prestação de determinado serviço, inclusive serviços públicos, como forma de equilibrar os interesses dos usuários ou consumidores e os do mercado, em prol do interesse público. (Mesquita, 2005, p. 25).

Atente-se que não se trata de compatibilizar ou equilibrar o interesse privado com o interesse público, mas sim equilibrar os interesses dos usuários e consumidores com os interesses do mercado. O interesse público está acima destes outros dois interesses, pois o interesse público também considera em certa medida o bem estar dos agentes que compõem o mercado, que em última análise é formado por pessoas (sujeitos de direito).

É bem verdade que o interesse público não representa o somatório das vontades individuais e, portanto, não pode ser fracionado em parcelas correspondentes à essas vontades. O Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, ao tratar da regulação no Brasil (de onde e para onde já caminhamos) afirmou que:

Normalmente, há algum antagonismo entre os prestadores, os consumidores e o próprio interesse público. Cabe ao Estado estabelecer as regras, trazer estabilidade, previsibilidade, eficiência e, também, estabelecer equilíbrio dos interesses envolvidos. (Silva, Pinheiro, Meira, & Santana, 2020).

Portanto, em alguns casos realmente o atendimento do interesse público será contrário ao interesse de prestadores, os consumidores e às vezes, em alguma medida, até ao interesse direto da Administração. Se assim não fosse, não haveria tantos questionamentos sobre a implementação de programas sociais, que por vezes, apesar de representar o atendimento do interesse público, representa um comprometimento do orçamento, o que na visão dos mais liberais seria atentar contra os interesses do próprio Estado.

É importante asseverar ainda, que o interesse público, apesar de ser um instituto de difícil definição, não é desprovido de premissas sólidas para sua caracterização. Rafael Lucchesi afirma que as teorias de regulação voltadas ao

interesse público possuem três premissas: *“sendo estas, a existência de falhas constantes no mercado, a presença de um processo político eficiente e, juntamente a isso, a escolha de instituições regulatórias também eficientes”* (Lucchesi, 2015)

4.4. Críticas ao princípio do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro foi cirúrgica ao tratar do princípio da supremacia do interesse público e principalmente da sua sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.

Afirma a autora que com o surgimento do neoliberalismo, diversos institutos do Direito Administrativo tornaram-se alvo de críticas, às vezes com o objetivo de propor uma releitura “atualizada”, às vezes com o objetivo de extingui-los. Sem dúvida, o princípio da supremacia do interesse público é um dos institutos mais fortemente atacados pelos defensores da doutrina socioeconômica neoliberal. (DI PIETRO, 2010).

Questiona-se, portanto, a indeterminação do instituto e até se prega a sua substituição pelo princípio da razoabilidade. Se diz que deve haver ponderação entre os interesses públicos e privados e não a supremacia do primeiro sobre o segundo. Em síntese, percebe-se uma tentativa de valorizar o interesse econômico em detrimento de outros interesses também resguardados pela Constituição Federal.

Deve-se notar, que o princípio da supremacia do interesse público nasceu muito antes do Direito Administrativo e a ideia de interesses gerais, diferentes dos individuais tem origem na antiguidade greco-romana. Di Pietro defende ainda, que em regra o indivíduo e a sociedade buscam o bem quando buscam o bem comum e buscam o mal quando buscam o bem individual. (DI PIETRO, 2010)

A escolha de viver em sociedade vem acompanhada da responsabilidade de pensar na coletividade e em muitos casos o interesse coletivo deve sobrepor o interesse individual para que o sistema seja preservado. Ressaltando ainda, que nem sempre a soma dos interesses individuais resulta naquilo que se define como interesse público e vice-versa.

Para os neoliberais, em apertada síntese, o princípio da supremacia do interesse público é excessivamente indeterminado, atrapalha o exercício dos direitos fundamentais, é incompatível com o ordenamento jurídico e deveria ser substituído pela ponderação.

Vale citar a teoria da escolha pública que faz diversas críticas ao ideário de servidor altruísta e defensor do interesse público, pois para a escolha pública o servidor público é uma pessoa normal que sempre vai a sua satisfação, em detrimentos de outros interesses.

Contudo, pensar em interesse público sem a ideia de supremacia é um grande risco, pois o interesse público não é simplesmente mais um interesse na equação das vontades dos atores envolvidos, O interesse público é na verdade a finalidade vinculada de todos os atos administrativos.

Aliás, negligenciar o interesse públicos em valorização do individualismo é uma experiência já vivida, cujos resultados não foram os mais satisfatórios para a sociedade. As teses contratualistas e liberais dos séculos XVII e XVIII deram conta de deturpar o que se entendia por bem comum e a revolução industrial, por sua vez, agravou o quadro social gerando profunda desigualdade social sob o argumento da liberdade contratual que tinha ares de sagrado e incontestável.

Neste período, a união entre as pessoas tinha um cunho quase que exclusivamente utilitarista, as teses individualistas que fomentavam a liberdade de uns gerando a opressão de outros.

A reação a tudo isso começou no século XIX, com a doutrina social da igreja (Encíclica Rerum Novarum, de 1891). Já em 1941 a Encíclica *Pacem in Terra* definiu como bem comum: “*conjunto das condições sociais que permitem tanto aos grupos como a cada um de seus membros, atingir a sua perfeição de maneira total e mais fácil.*”

No Brasil, somente com a Constituição de 1988 é que se percebe a adoção de um estado social de direito, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana em respeito aos valores sociais do trabalho.

A Constituição possui muitos fundamentos que consagram o princípio da supremacia do interesse público, basta pensar na função social da propriedade, na requisição da propriedade particular, no sigilo imprescindível à segurança nacional, na ação popular, ação coletiva, mandado de segurança coletivo, interesses difusos e coletivos etc. Realmente existem muitos casos em que o interesse particular dá lugar ao interesse público.

Em síntese, a visão de Di Pietro nos ensina que o princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais e não os coloca em risco, inclusive existem inúmeros dispositivos da Constituição Federal que consagra a supremacia do interesse público. (DI PIETRO, 2010)

A razoabilidade se faz presente na aplicação do interesse público assim como ocorre na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado. E por fim, o princípio da supremacia do interesse público permite a aplicação da técnica da ponderação, pois não são excludentes.

4.5. Novos paradigmas do Direito Administrativo

O Direito Administrativo tem passado por inúmeras transformações desde a promulgação da Constituição Federal, pois em um período relativamente recente, o Brasil viveu um momento de ditadura no qual coisa pública recebeu tratamento não republicano. A reforma administrativa dos anos 90 também somou positivamente para que houvesse uma reestruturação da Administração Pública.

Dessa forma, além da constitucionalização do Direito Administrativo, houve também uma absorção de uma série de outros princípios jurídicos dos diversos ramos do direito como, por exemplo, a instrumentalidade das formas no Direito Processual Civil.

Cabe registrar alguns institutos que foram objeto de interessante releitura, como o princípio da legalidade, por exemplo. Note-se que a juridicidade administrativa amplia sobremaneira as possibilidades de abordagem do princípio da legalidade, a qual não fica mais restrita à legalidade estrita. A ideia de derogabilidade da norma jurídica é outro exemplo que relativiza o princípio da legalidade deixando claro que vivemos um novo Direito Administrativo.

Por tudo isso, se verifica que em relação às contratações de prestadores complementares para o Sistema Único de Saúde (SUS) também é necessário ter um olhar vanguardista ou pelo menos uma abordagem condizente com as novas tendências do direito.

A nova lei de licitações e contratos administrativos já representa um considerável avanço, pois promoveu o nascimento formal do instituto do credenciamento na lei federal de licitações, para avançar um pouco mais às contratações de prestadores complementares para o Sistema Único de Saúde (SUS)

precisam estar alinhadas com os conceitos da regulação numa medida que o gestores conheçam o modelo regulatório adotado e, na mesma medida, adotem práticas administrativas que faça as teorias regulatórias virarem praticas regulatórias.

4.6. Credenciamento da Lei 14.133/2021 e interesse público

O credenciamento é um procedimento auxiliar das licitações e, portanto, está vinculado aos princípios licitatórios dispostos no artigo 5º da Lei licitações e contratos, entre os quais está expressamente colocado o princípio do interesse público.

A Lei 14.133/2021 apresenta ainda, diversas situações em que o interesse público é colocado como uma característica inescusável para a prática do procedimento. A lei define, no art. 6º, o estudo técnico preliminar como o *“documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução...”* (BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, 2021)

Também assevera que os parâmetros de adequação ao interesse público é conteúdo necessário do anteprojeto (vide inciso XXIV do artigo 6º da Lei 14.133/2021)

Na fase preparatória e mais especificamente ao tratar da instrução do processo licitatório a Lei 14.133/2021 estabelece no artigo 18, inciso I, a indispensabilidade de que conste no processo a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido.

Atente-se que a lei exige que até descrição da necessidade da contratação deve considerar o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (art. 18, inciso, parágrafo primeiro, inciso I da Lei 14.133/2021)

As alienações de bens da Administração Pública estão subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado (artigo 76 da Lei 14.133/2021). Da mesma forma, a dispensa de licitação também é possível em caso de interesse público devidamente justificado (§ 6º do art. 76 da Lei 14.133/2021).

Acerca dos contratos administrativos, a Lei de licitações estabelece, entre as prerrogativas da Administração, está a possibilidade de modificar contratos

unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado (art. 104, inciso I da Lei 14.133/2021).

A razões de interesse público também podem justificar a extinção dos contratos administrativos, desde que justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante (art. 137, inciso VIII da Lei 14.133/2021).

Até mesmo quanto constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, *“a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”*. (art. 147 da Lei 14.133/2021).

Ressaltando que:

“caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”. (Parágrafo único do art. 147 da Lei 14.133/2021).

A declaração de nulidade do contrato administrativo também requer prévia análise de conformidade com o interesse público envolvido. (art. 148 da Lei 14.133/2021)

Na fiscalização e controle será observado, entre outras coisas, o Tribunal de Contas deverá pronunciar-se apontando objetivamente “o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência”. (art. 171, § 1º, I, da Lei 14.133/2021)

Por tudo isso, resta muito claro que a “pedra angular” das licitações e contratos administrativos é o justamente o interesse público que deve ser observado na fase interna e na fase externa das licitações, também deve ser atendido na fase contratual e na fiscalização dos contratos administrativos.

O credenciamento, por sua vez, atende ao interesse público na contratação dos serviços complementares de SUS porque estes serviços demandam a contratação do maior número de prestadores possível e o tipo de procedimento que contempla esta necessidade é justamente o credenciamento.

O Tribunal de Contas da União (TCU), bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já chancelaram essa modalidade

de chamamento público como válida e adequada ao atendimento do interesse público, inclusive antes da Lei 14.133/2021 existir.

Neste trabalho foram apresentados diversos exemplos de credenciamentos que possibilitaram melhoria da saúde, ou até mesmo o salvamento de muitas vidas ou a observância aos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente o da universalidade, equidade e integralidade.

4.7. O interesse público e regulação discricionária

A complexa sociedade em que vivemos demanda múltiplas relações em praticamente todas as áreas. Pessoas físicas e jurídicas, entes despersonalizados, órgãos, bens e direitos se interrelacionam nas mais diversas possibilidades e, assim como as empresas mais bem sucedidas do mundo investem tempo, dinheiro e inteligência para tornar essas relações cada vez mais produtivas, a Administração Pública também precisa fazê-lo.

Para tanto, além de respeitar os ditames legais, bem como os desideratos estampados na Constituição Federal, o Estado precisa ter uma política de tratamento para conduzir estas relações, existem os códigos de ética aplicáveis aos serviços públicos e as normas aplicáveis aos servidores públicos. Contudo, ainda existe um campo muito aberto que torna a motivação das escolhas administrativas ainda muito superficiais e em alguns casos totalmente insondáveis.

Na relação entre Administração Pública e prestadores de serviços que atuam como delegatários do Estado há uma considerável ausência de critérios que garantam segurança jurídica para os prestadores, órgãos de controle e principalmente para os usuários dos serviços, em níveis satisfatórios.

A escolha de um modelo regulatório – qualquer que seja ele – que norteie a relação entre Administração Pública e prestadores de serviços já representa um ganho para os agentes envolvidos e, quando esse modelo regulatório se adequa às características e necessidades do serviço, a relação tende a produzir soluções proveitosas para todos os lados, especialmente para o interesse público que é um valor inescusável para a Administração Pública.

Deve-se ressaltar que, apesar do modelo discricionário sofrer algumas críticas em relação à transparência, ainda assim representa um ganho para o cenário das contratações complementares da saúde. Convém lembrar que em alguns casos

o Estado pretende contratar o maior número de prestares possível, em outros casos, ter apenas um prestador já representa uma grande vitória para o Sistema.

Sabendo disso, muitos prestadores se aproveitam para tentar “dar as cartas do jogo”, fazendo exigências, tentando impor condições ao Estado refém da necessidade de atendimento da população. Existem tantas demandas descobertas que por vezes é o próprio prestador que apresenta a possibilidade de contratação para o ente público. Um verdadeiro pacote pronto que não raras vezes se torna um “cavalo de Tróia”.

Por exemplo, bem sabemos que os serviços de hemodiálise são caros e especializados, havendo muita carência nas localidades mais afastadas das capitais e dos grandes centros. Em regra, as prefeituras e secretarias municipais de saúde se organizam para viabilizar que esse tratamento seja feito na modalidade TFD, que significa tratamento fora do domicílio, pois nem sequer cogitam que algum prestador possa se interessar em montar um serviço em sua região.

Sabendo disso, alguns prestadores se organizam para sugerir ao Ente públicos que licite o serviço, muito provavelmente essa licitação só terá um interessado, que é esse prestador que já avaliou a possibilidade de montar o serviço e às vezes até já prospectou a sua contratação nos municípios adjacentes.

Essa contratação terá toda aparência de legalidade, mas certamente o preço da contratação será muito alto e os termos do contrato não necessariamente favorecerão o interesse público, considerando o custo-benefício. Logicamente existe um preço referencial obtido por meio de cotações de preços que marca o preço limite que a comissão de licitação pode aceitar, mas essas cotações também levarão em conta a localidade onde os serviços serão prestados.

Alguns prestadores até assume o ônus de montar o serviço, fiados no compromisso de que posteriormente o serviço será contratado, às vezes até sob o manto da inexigibilidade por ser o prestador o único na região.

Identifica-se, então, três problemas: a) possível captura do gestor público na escolha daquela especialidade de serviço a ser contratado; b) imposição de regras de prestação do serviço por parte dos potenciais prestadores e; c) sobrepreço. Por conseguinte, essa contratação terá, entre outras consequências, o comprometimento do interesse público.

A regulação discricionária promete resolver esses três problemas, principalmente se estiver atrelada à contratação na modalidade credenciamento público, pois o credenciamento tem um formato de recepção aberta de interessados, ou seja, em regra o chamamento público fica aberto aos recebimentos de interessados, de modo a ampliar no tempo o número de prestadores. Na licitação, na melhor das hipóteses os interessados terão o prazo de 45 dias para apresentar propostas, tempo muito exíguo para se organizar a montagem de um serviço.

O Ente Público pode abrir chamamentos públicos para todos os serviços cujos orçamentos já estejam previstos na Programação Pactuada Integrada, que é a organização das demandas e serviços geralmente aprovados pelos gestores da saúde em âmbito estadual. O espaço para que os prestadores privados tentassem direcionar a priorização dos recursos para determinado serviço seria mais reduzido.

Com a regulação discricionária o ente público tem a maior possibilidade de alterar as regras da contratação e as atualizações de preços também seguiram as regras predeterminadas para a prestação seja viável, sem a possibilidade de sobrepreço, pois os valores foram definidos pela própria Administração e se verifica ainda a possibilidade de aumento da quantidade de interessados, pois como haverá um reajuste tarifário periódico (RTP) os prestadores terão menos receio de assumir um serviço que ficará com valores defasados em pouco tempo.

Deve-se ressaltar que os serviços complementares de saúde são prestados por empresas privadas, com ou sem finalidade lucrativa, por delegação do próprio Estado, ou seja, como se Estado fossem, não há a possibilidade de cobrar nenhum valor dos usuários do SUS. É exatamente por esse motivo que se pensa em tabelamento de preços, diferentemente do ocorre no setor de medicamentos, por exemplo.

A regulação discricionária dos serviços complementares de saúde se impõe pela necessidade de fortalecer a Administração Pública das influências nocivas dos prestadores e para garantir a revisão periódica de preços tão necessária para atrair os prestadores a ofertar serviços para o SUS. A teoria do interesse público, por sua vez, justifica a adoção de uma modalidade de regulação discricionária.

4.8. Conclusão do capítulo

Não se pode perder de vista que a Lei de licitações e contratos regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para as contratações públicas e o credenciamento, em última análise, se propõe a o cumprimento desta missão constitucional.

Segundo Bernardo Strobel Guimarães o credenciamento é uma alternativa virtuosa e, quando corretamente utilizado, contribui para o atendimento do interesse público, vide trecho abaixo transcrito:

É uma alternativa à disposição dos Administradores na legislação atual que permite que se elida a licitação em casos em que ela não é capaz de, efetivamente, proteger o interesse público. Cumpre então organizar as compras administrativas para que ela seja utilizada na maior medida possível, de modo a reduzir os custos associados à realização de licitações que nem sempre atendem de modo efetivo ao interesse público. (Guimarães, 2016)

Mesmo em meio às críticas o interesse público ainda precisa ocupar um lugar de destaque no tratamento da coisa pública e com a relação entre a Administração reguladora e as empresas reguladas não poderia ser diferente. A Constituição Federal coloca o interesse público como um verdadeiro meta princípio não havendo ponderação entre o interesse público e outro interesse. O interesse público serve como referência para fazer a ponderação entre outros valores conflitantes.

No art. 19, I, da CF/88 *“é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança”*, entretanto, o próprio artigo ressalva a possibilidade de colaboração de interesse público, na forma da lei.

O excepcional interesse público também permite a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária (art. 37, IX da CF/88). A ausência de interesse público é, contudo, um motivo constitucionalmente válido para que o Presidente da república possa vetar total ou parcialmente uma lei, ainda que ela tenha sido aprovada pela maioria dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 66, §1º da CF/88).

Até mesmo a inamovibilidade dos magistrados e dos membros do Ministério Público pode ser excepcionada para melhor atender ao interesse público (art. 93, VIII e 128, §5º, V, b da CF/88). Da mesma forma acontece com o direito à intimidade do interessado no sigilo de processo judicial que também pode ser excepcionado para não prejudicar o interesse público. (art. 93, IX da CF/88).

Observe-se que direitos protegidos pelo manto constitucional podem ser sobrepostos em razão de questão de interesse público, de modo a não restar dúvidas de que Administração, seja na forma de agência reguladora ou não, deve ter o interesse público como referência para a regulação dos prestadores da saúde complementar.

5. CONCLUSÃO

Por tudo que foi pesquisado no presente trabalho, pode-se apontar o credenciamento público da Lei nº 14.133/2021 não apenas como uma possibilidade para as contratações na área da saúde pública complementar, mas sim como a melhor estratégia de contratação para o atendimento do interesse público e dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), com especial atenção a universalidade, equidade e integralidade.

A possibilidade de contratar o maior número de interessados possível, coloca o credenciamento à frente das demais modalidades licitatórias, de modo que o credenciamento se torna a proposta mais vantajosa, inclusive para o atendimento da isonomia entre os prestadores, pois todos terão possibilidade de prestar uma parte do serviço observando a sua capacidade instalada e a disponibilidade orçamentaria do órgão contratante.

Os motivos que inibiam a utilização do credenciamento como ferramenta de contratualização do SUS estavam calcados na ideia superficial de que a contratação direta é a exceção e, portanto, o credenciamento também deveria ser a exceção. Todavia, restou demonstrado que na contratação de serviços complementares, o credenciamento não é a exceção, na verdade é a melhor opção e em alguns casos é a única viável para atender ao interesse público.

Além disso a Lei nº 14.133/2021 consagrou o credenciamento como um instituto jurídico expresso, cancelando a possibilidade da realização de chamamentos públicos para contratação de múltiplos prestadores em igualdade de condições para o melhor atendimento do interesse público.

Ao investigar o conceito de regulação discricionária, também ficou patente o seu enquadramento nas atividades sanitárias, principalmente observando a necessidade intervenção estatal nesta área tão carente que é a saúde pública.

Entre as principais contribuições do presente trabalho estão:

- a) a sugestão para que o Ministério da Saúde escolha uma teoria regulatória para fundamentar sua relação com os prestadores dos serviços complementares de saúde, bem como a promoção de ações de capacitação dos gestores em temas relacionados às teorias regulatórias.

- b) A constatação de que a Lei 14.133/2021 precisa ter um olhar diferenciado para as licitações e contratações na área de saúde, bem como que é necessário especificar a possibilidade de contratação dos prestadores de serviços do SUS dentre as hipóteses de credenciamento.
- c) A possibilidade de criação de uma agência reguladora dos serviços complementares de saúde, tal qual acontece com os serviços suplementares que são regulados pela ANS.
- d) A verificação de que o Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde precisa ser atualizado, pois data de 2017 e a lei de licitações e contratos que trata de principal modalidade de contratação em saúde é de 2021.
- e) A sugestão de criação de regras específicas de atualização da Tabela SUS em consonância com os ditames da teoria discricionária no modelo Preço-Teto.

Por tudo isso, seguem as propostas de encaminhamento e as respectivas justificativas no tópico a seguir:

5.1. Propostas de encaminhamentos

5.1.1. Alteração da lei 14.133/2021 para especificar a possibilidade de contratação dos prestadores de serviços do SUS.

De acordo com o art. 79, o credenciamento pode ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

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

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

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

O presente trabalho propõem que seja acrescentado um inciso IV estabelecendo que para a contratação de serviços complementares de saúde quando,

em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, as necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento.

Segue em anexo a minuta do projeto de lei materializando a sobredita sugestão.

5.1.2. Criação da Agência Reguladora dos serviços complementares.

A criação da Agência Reguladora dos serviços complementares, obviamente não será uma proposta pacificamente aceita por todos. Sempre que se fala e criação de uma agência reguladora a sociedade civil organiza e a própria imprensa costumam levantar diversos questionamentos.

As inquietações giram em torno da possibilidade de cerceamento das liberdades, em especial da livre iniciativa que autoriza as empresas a empreender do modo como preferirem. No próprio parlamento, a proposta certamente será objeto de muito debate.

Em verdade, a criação da agência reguladora dos serviços complementares de saúde se justifica, principalmente, porque trará para a regulação do setor uma estrutura fixa que terá menor variações políticas e maior seriedade nos procedimentos necessários à revisão dos preços.

Atente-se que *“as agências brasileiras seguiram o modelo americano: autonomia decisória e financeira e dirigentes com mandatos fixos e não coincidentes com os do Executivo”*. (PACHECO, 2006 p.529).

O entendimento de que as agências reguladoras são importantes para a contratação que segue a linha da regulação discricionária está em consonância que o que defendeu Camacho e Rodrigues, (2022) no texto: “Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?”.

A descrição de como a RTP é aplicada permite afirmar ser fundamental a estruturação e manutenção de uma agência reguladora, pelos seguintes motivos:

- (i) Como existe discricionariedade no processo de revisão, ele necessita ser conduzido por uma agência com uma estrutura de pessoal fixa, bem remunerada e bem preparada tecnicamente. Essa é uma condição básica para que a revisão seja pautada pela imparcialidade e transparência, com uso de consultas e audiências públicas, promovendo intenso debate entre o público e o privado. Desse modo, minimiza-se o problema de captura do regulador, seja pela firma para obtenção de benefícios, seja por políticos e grupos de consumidores para expropriação de investimentos privados pelo poder público.
- (ii) A metodologia Building Blocks é extremamente intensiva em informação e em capital humano. A combinação desses elementos é refletida em um custo regulatório elevado, que é característica intrínseca dessa abordagem regulatória. (Camacho & Rodrigues, 2022, p. 262)

Um importante exemplo de agência reguladora com direta relação com a área de saúde é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada em 1999 pela Lei nº 9.782 como autarquia sob regime especial para regular e fiscalizar produtos e serviços que possam causar risco à saúde da população, como medicamentos, cosméticos, produtos de higiene, alimentos etc.

Teoricamente, o Estado já possuía o poder necessário para lidar com prestadores de serviços por ele demandados, todavia, a criação da Anvisa trouxe mais especialização, autonomia, transparência, estabilidade e eficiência na prestação dos serviços. Por tudo isso, há fundamento para propor a criação de uma agência reguladora dos serviços complementares, especialmente para tornar a regulação de preços mais técnica.

5.1.3. Atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde (2017).

O Ministério da Saúde (MS) é o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, a prevenção e a assistência à saúde dos brasileiros e ocupa importante papel na orientação dos gestores da saúde pública nas esferas Municipal, Estadual e Federal.

O MS dispõe de um Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde. O instrumento, contudo, está desatualizado, pois data de 2017. Entre as desatualizações mais importantes estão os apontamentos relacionados às normas constantes da lei de licitação que foi totalmente reformulada em 2021.

Convém lembrar que um dos problemas que inibem a realização do credenciamento é o desconhecimento, por parte de alguns gestores, dos procedimentos necessário à realização do chamamento público e o Manual de Orientações para Contratação dispõe de informações valiosas para que os serviços sejam contratados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Portanto, a atualização do referido manual é necessária e urgente.

5.1.4. Criação de regras de atualização da Tabela SUS.

A necessidade de atualização da Tabela do SUS é uma demanda antiga de toda sociedade, incluído gestores, usuários e prestadores. Efetivamente, todos querem que os valores constantes da tabela reflitam a realizada.

Já é fato que o Senado Federal aprovou em 2021 o PLS 468/2018 prevendo a revisão anual da tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do Sistema Único de Saúde.

A grande questão é a compatibilidade orçamentária para fazer esses ajustes, pois em meio ao crescimento das despesas públicas o país tem se endividado cada vez mais e a atualização da tabela promete multiplicar o orçamento da saúde.

Por tudo isso, deve-se considerar que a mera atualização anual da tabela pode significar um colapso no sistema. Defende-se, com a aplicação da regulação discricionária, que a atualização contemple diversos critérios, não se reduzindo a um índice específico, como a correção inflacionária, por exemplo.

A atualização da tabela deve considerar a peculiaridade de cada área (procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais) a fim de que os novos valores propostos contemplem a realidade do mercado, mas também as possibilidades financeiro orçamentárias do Estado.

O relator do projeto foi o Senador e médico Otto Alencar (PSD-BA), afirmou que *“a correção da Tabela SUS é importante para a ampliação da qualidade e da quantidade de serviços prestados à população”*. Atualmente o projeto está na Câmara dos Deputados e a sugestão do presente trabalho é que a matéria seja vota em regime de urgência.

5.1.5. Portaria do Ministério da Saúde definindo a regulação discricionária como o modelo regulatório adotado para a prestação de saúde complementar

A sugestão de que o Ministério da Saúde ou até mesmo uma eventual agência reguladora, criada para regular os serviços complementares, defina e publicize o modelo regulatório adotado segue a linha do que outras agências reguladoras já fizeram.

Assim, o relacionamento com os agentes regulados é facilitado, pois o próprio regulado passa conhecer o modus operandi do regulador e naturalmente começa a buscar meios sobreviver no sistema, mas considerando as regras do sistema que agora são conhecidas.

5.1.6. Capacitação dos gestores da saúde pública acerca da temática da regulação.

Nota-se que a capacitação dos gestores de saúde é uma preocupação constante do Ministério da saúde e dos demais agentes públicos que formalizam contratações no âmbito do SUS. Entretanto, em regra essas capacitações direcionam-se ao campo assistencial, ficando os temas de Direito, Regulação e Economia relegado a grupos, para a realização de trabalhos igualmente específicos.

Se o Ministério de fato resolver analisar e escolher um modelo regulatório para tratar com os prestadores, os gestores deverão estar familiarizados com os temas da regulação.

5.1.7. Da oficialização dos encaminhamentos

Em tempo, convém anunciar que as propostas ora apresentadas foram preliminarmente enviadas à Câmara de Deputados na pessoa do Deputado Federal Jorge José Santos Pereira Solla o qual respondeu à sugestão deste discente através do Ofício nº 011/Gabinete 571 (Em anexo).

Em síntese, o parlamentar afirmou que *“todos os pleitos serão analisados e as medidas administrativas necessárias à implementação das propostas viáveis serão oportunamente tomadas.”* Afirmou ainda o seguinte:

A priori, considero que é importante refletir sobre o credenciamento e eventuais abordagens específicas que melhor atendam à contratação de serviços de saúde complementar, tendo em vista as peculiaridades do SUS. Igualmente, suas inquietações acerca da necessidade de atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde, capacitação dos gestores da saúde pública no tema de regulação e a realização de estudos com vista à definição de um modelo regulatório para o SUS também são extremamente relevantes.

Ressalto que a revisão da Tabela SUS é uma pauta que defendemos há muito tempo, portanto, certamente nos debruçaremos sobre o PLS 468/2018, a fim de que possamos encontrar o formato mais sustentável para atualizar os preços da Tabela sem comprometimento das regras orçamentárias. Em tempo, ressaltamos a importância dos temas abordados e o parabenizo pela iniciativa.

Na sequência, o Deputado confirmou que apresentará o projeto, pois após submetê-lo à Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados foi emitido parecer favorável.

O Deputado foi escolhido por sua longa e relevantíssima experiência e estudo sobre os temas da saúde coletiva. Além de ser Graduado em Medicina pela Universidade Federal da Bahia (1984) e Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia (1993) e Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2009). O agora Deputado foi Secretário Municipal de Saúde de Vitória da Conquista - Bahia (1999 a 2002), Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (2003 a 2005) e Secretário da Saúde do Estado da Bahia (de 2007 a janeiro de 2014).

Também atua como médico pesquisador da Universidade Federal da Bahia e tem experiência na área de Saúde Coletiva, além de ter sido um dos gestores pioneiros na contratação por meio do credenciamento público.

Por fim, foi formalizado contato com o Departamento de Atenção Especializada e Temática do Ministério da Saúde, através da Diretora Suzana Cristina Silva Ribeiro, para apresentação das questões ao Ministério da Saúde.

5.2. Encerramento

A abordagem inicial do presente trabalho apontava para uma pesquisa eminentemente teórica sobre os institutos do credenciamento, da regulação discricionária e da teoria do interesse público, contudo, ao tratar dos referidos temas, o trabalho enveredou para um cenário predominantemente prático que revelou como

funciona o credenciamento na prática, como a adoção de um modelo regulatório pode contribuir para a gestão dos contratos com os prestadores de saúde complementar e como sistema jurídico constitucional e legal coloca o interesse público como elemento diretor das práticas administrativas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Rodolfo Renan de Queiroz. A contratação de procedimentos cirúrgicos por dispensa de licitação para atendimento a sentenças judiciais. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 08, Vol. 10, pp. 96-106. Agosto de 2020. ISSN: 2448-0959, link de disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/procedimentos-cirurgi-cos>> Acesso em: 07 ago. 2021.

ABTO. Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada estado (2015-2022). **ABTO**, 2022. ISSN Ano XXIX No 4. Disponível em: <<https://site.abto.org.br/publicacao/xxviii-no4/>>. Acesso em: 23 dezembro 2023.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As agências reguladoras de serviço público no Brasil. In: Revista Regulação Brasil. v. 1. n. 1. Porto Alegre: ABAR, 243 p, 2005.

ANAC, A. N. D. A. C. Conheça o Projeto Regulação Responsiva. **GOV.BR**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/conheca-o-projeto-regulacao-responsiva>>. Acesso em: 10 MARÇO 2023.

ANASTASIA, A. **ACÓRDÃO 533/2022 - PLENÁRIO**. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2022. (018.515/2014-2).

ANATEL, A. N. D. T. Anatel aprova Regulamento de Fiscalização Regulatória. **gov.br**, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-aprova-regulamento-de-fiscalizacao-regulatoria>>. Acesso em: 7 março 2023.

BAHIA. Credenciamento SESAB. **Comprasnet.Ba**, 2023. Disponível em: <<https://comprasnet.ba.gov.br/content/credenciamento-sesab-0>>. Acesso em: 03 janeiro 2023.

_____. LEI Nº 9.433 DE 01 DE MARÇO DE 2005. **Casa Civil**, SALVADOR, 01 MARÇO 2005. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-9433-de-01-de-marco-de-2005>>. Acesso em: 20 dezembro 2022.

BARBOSA, J. D. C. Teorias da Regulação. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39648/teorias-da-regulacao>>. Acesso em: 07 Janeiro 2023.

BARBOSA, Júlia de Carvalho. Teorias da Regulação. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 ago 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39648/teorias-da-regulacao>. Acesso em: 13 ago 2021

BRASIL, M. D. S. Incentivo Financeiro 100% SUS. **gov.br**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/atencao-especializada-e-hospitalar/incentivo-financeiro-100-sus>>. Acesso em: 19 abril 2023.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei Licitações e Contratos. Brasília, DF, Senado Federal, 1993.

_____. Ministério da Saúde, Portaria nº 1559, de 01/08/2008. Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, Brasília, p.48-9 Seção, 04 ago. 2008.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria de Consolidação MS/GM nº 01, de 2017. Brasília, 2017.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 3.410, de 30 de dezembro de 2013. Brasília, 2013.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil., Brasília, 1988.

_____. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. **Planalto**, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 13 janeiro 2023.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília, DF, 2003. v.1. (Série E. Legislação de Saúde).

_____. PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO Nº 1, DE 28 DE SETEMBRO DE 2017. **bvsmms.saude**, 2017. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017.html>. Acesso em: 24 abril 2023.

_____. **PORTARIA Nº 2.567, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2016**. Brasília: Diário Oficial, v. 1, 2016. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt2567_25_11_2016.html>. Acesso em: 13 fev. 2023.

_____. Senado aprova revisão anual de tabela do SUS. **Senado Federal**, 2023. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/02/08/senado-aprova-revisao-anual-de-tabela-do-sus>>. Acesso em: 16 Abril 2023.

CALDEIRA, Daniela Machado. GALLI, Rafael. Licitação deserta: A dificuldade dos municípios de pequeno porte de seguirem a Lei Nº 8.666/93. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 07, Vol. 09, pp. 72-85. Julho de 2019. ISSN: 2448-0959

CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. D. C. L. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **BNDES**, 2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2572/1/RB%2041%20Regulacao%20economica%20de%20infraestruturas_P.pdf>. Acesso em: 25 NOVEMBRO 2022.

CAPEZ, F.; PUGLISI, F. A judicialização no sistema de saúde suplementar do Brasil. **Consultor Jurídico**, 02 março 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/controversias-juridicas-judicializacao-sistema-saude-suplementar-brasil>>. Acesso em: 26 abril 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, A. A. D. E. REGULAÇÃO ECONÔMICA E CONTRATOS SOB O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: ESTUDO DE CASO DA CONCESSÃO DA REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. **DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**, Brasília-DF, 2021. 54.

CONASS. Guia de Apoio à Gestão Estadual do SUS. **conass.org**, 2023. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/guiainformacao/orientacoes-para-contratualizacao/>>. Acesso em: 08 março 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prática do processo administrativo. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DE PONTES, Ana Paula Munhen et al. AS FRAGILIDADES DO PRINCÍPIO DE UNIVERSALIDADE PERCEBIDAS PELOS USUÁRIOS DO SUS: UMA QUESTÃO DE EQUIDADE. Revista Saber Digital, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 36-48, jun. 2018. ISSN 1982-8373. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/472>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. ver. ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella & RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 85-102.

DUTRA, Joisa e KAERCHER, Gustavo. Regulação contratual ou discricionária no saneamento? Jota, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. Credenciamento: uma solução para vários problemas. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 8, n. 87, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31303>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

FERREIRA, E. A. O papel estratégico da gestão de pessoas na administração pública. 2011. 49 f. Projeto de pesquisa (Especialização em Gestão Pública Municipal) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

FILHO, M. J. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Dialética**, São Paulo, 1 janeiro 2022. 44.

FONTENELLE, André. Metodologia científica: Como definir os tipos de pesquisa do seu TCC? TCC prático, 2021. Disponível em: <<https://andrefontenelle.com.br/tipos-de-pesquisa/>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. Revista Brasileira de Pós-Graduação. CAPES. Brasília. v. 1. n. 2. nov. 2004, p. 53-70.

FURTADO, L. R. Curso de licitações e contratos administrativos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASIOLA, G. G. Regulação de infraestrutura por contrato. **REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, São Paulo, dezembro 2014. 19.

GUIMARÃES, B. S. Direito do Estado. **Direito do Estado**, Curitiba, 2016. ISSN 199. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/credenciamento-e-contratos-da-administracao-uma-alternativa-virtuosa>>. Acesso em: 13 Fevereiro 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (RE)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 3ª ed., 2010.

HEINEN, L. R. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **publicadireito**, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em: 27 Abril 2023.

KUZMINSKI, W. G. M. O poder regulamentar e poder regulatório na administração pública. **Instituto de Direito Ambiental**, 2022. Disponível em: <<https://direitoambiental.com.br/poder-regulamentar-e-poder-regulatorio-na-administracao-publica/#:~:text=A%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20se%20caracteriza%20como,fun%C3%A7%C3%A3o%20normativa%2C%20executiva%20e%20judicante.>>. Acesso em: 18 Abril 2023.

LANA, H. A. R. P.; PIMENTA, E. G. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL BRASILEIRO. **Rev. Fac. Direito UFMG**, belo horizonte, 1 julho 2010. 85-138.

LOMBARDI, M. M. O credenciamento na nova legislação sobre licitações. **MIGALHAS DE PESO**, Brasília, 15 fevereiro 2021. 2.

LUCCHESI, R. Teoria da Regulação e Agência Reguladora. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-da-regulacao-e-agencia-reguladora/152015530>>. Acesso em: 27 Abril 2023.

MENDES, E.V. Os grandes dilemas do SUS. Tomo I. Salvador (BA): Casa da Qualidade, 2001.

MENDES, F. Regulação ou regulamentação?. **Conteúdo Jurídico**, 2022. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25269/regulacao-ou-regulamentacao>>. Acesso em: 07 fevereiro 2023.

MESQUITA, A. A. P. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro Problemas e soluções, Brasília, v. 1, n. 42, p. 18, Junho 2005. ISSN 166.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde**. BRASÍLIA: Ministério da Saúde, 2007.

NAGIB, S. K. **Regulação: teorias, instituições e desenhos**. Brasília: [s.n.], 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14361/1/2013_SilviaKicisPereiraNagib.pdf>. Acesso em: 02 abril 2023.

NOHARA, Irene. 8 Principais Mudanças com a Nova Lei de Licitações e Contratos. Site: Direito Administrativo, 2019. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/8-principais-mudancas-com-a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>>. Acessado em: 27 jul. 2021.

OLIVEIRA, R. R. D. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. **Sielo**, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/pkTKqybVJWpgbR6D4VfdwHt/?lang=pt>>. Acesso em: 06 fevereiro 2023.

PATULLO, M. P. F. Interesse público na regulação da saúde suplementar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 01 março 2023. 18. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/174604>>.

POSNER, R. Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics*, 5: 335-358, 1974.

REQUI, Erica Miranda dos Santos. Afinal, o que é credenciamento? Zênite Blog, 2015. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/afinal-o-que-e-credenciamento/>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

Ribeiro, Cássio Lourenço; Melo, Milena Orlândi Leite de. **Serviço de segregação e entrega: inadequação do price cap**. Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 42-55, jan./fev. 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/140008>> Acesso em: 2023 janeiro 16.

RUBIO, U. Direito e economia: relações, importância e sugestões para pesquisa. **blogs.unicamp**, 2021. Disponível em: <<https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2021/03/30/direito-e-economia-relacoes-importancia-e-sugestoes-para-pesquisa/>>. Acesso em: 2023 janeiro 16.

SAINTIVE, M. B.; CHACUR, R. S. A Regulação Tarifária e o Comportamento dos Preços, 01 maio 2006. 73.

SALGADO, L. H. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UM PANORAMA DO ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL. **TEXTO PARA DISCUSSÃO - IPEA**, Rio de Janeiro, março 2003. 56.

SALVANES, K. G.; TJOTTA, S. A Test for Natural Monopoly with Application to Norwegian Electricity Distribution. **Review of Industrial Organization volume**, 1 dezembro 1998.

SANTOS, L. J. L. D. Nova lei de licitações e o credenciamento como "singularidade múltipla". **Migalhas**, Brasília, p. 2, Agosto 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/350312/lei-de-licitacoes-e-o-credenciamento-como-singularidade-multipla>>. Acesso em: 12 Fevereiro 2023.

SILVA JÚNIOR, Mariano Moreira da. Credenciamento e a Lei nº 8.666/93: análise da execução contratual de clínicas credenciadas ao DETRAN-PE. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife – FDR/UFPE. Pernambuco, 2017.

SILVA, A. A. D. Uma análise breve da atuação da Anatel sob a perspectiva da regulação responsiva. **MIGALHAS**, BRASÍLIA, 19 SETEMBRO 2022.

_____. **A TEORIA DA CAPTURA: O DILEMA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO**. Curitiba: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, 2017.

SILVA, R. S. E. et al. Regulação no Brasil: de onde e para onde já caminhamos. **Textos para discussão**, Brasília, 1 julho 2020. 62.

SOARES, Paulo Firmeza. Teorias da regulação: interseção entre as teorias do interesse público e a teoria institucionalista. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 ago 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37857/teorias->

da-regulacao-intersecao-entre-as-teorias-do-interesse-publico-e-a-teoria-institucionalista. Acesso em: 13 ago 2021.

SOUZA, Alessandra Milhomem De. A nova lei de licitações e contratos e os impactos na administração pública. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 08, Vol. 06, pp. 126-135. Agosto de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/lei-de-licitacoes>>, DOI: 10.32749nucleodoconhecimento.com.br/lei/lei-de-licitacoes>. Acesso em: 03 ago. 2021.

TCU. **ACÓRDÃO 351/2010 - PLENÁRIO**. Tribunal de Contas da União. bRASÍLIA, p. 1. 2010. (029.112/2009-9).

_____. **ACÓRDÃO 352/2016 - PLENÁRIO**. Tribunal de Contas da União. Brasília, p. 1. 2016. (017.783/2014-3).

UNIÃO, C.-G. D. Regulação Econômica e Serviços Públicos. **gov.br**, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/auditoria-estrategicas/temas/regulacao-economica>>. Acesso em: 2023 março 14.

VERAS, R. Modelos de regulação tarifária em projetos de infraestrutura: hibridismos, contradições e perplexidades. **forum**, 2021. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/modelos-de-regulacao-tarifaria-em-projetos-de-infraestrutura-hibridismos-contradicoes-e-perplexidades-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 01 março 2023.

WOLFF, I. Defasagem de 20 anos na tabela de procedimentos do SUS leva hospitais à falência. **Jornal Opção**, 2022. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/defasagem-de-20-anos-na-tabela-de-procedimentos-do-sus-leva-hospitais-a-falencia-427089/>>. Acesso em: 07 março 2023.

ZANINI, A. Regulação Econômica No Setor Elétrico Brasileiro: Uma Metodologia Para Definição De Fronteiras De Eficiência E Cálculo Do Fator X Para Empresas Distribuidoras De Energia Elétrica. **PUC-Rio**, Rio de Janeiro, 01 Agosto 2004. 142.

ANEXO 1 - SOLICITAÇÃO DE PROJETO DE LEI PARA ALTERAR A LEI DE LICITAÇÕES.

Brasília (DF), 20 de abril de 2023


Exmo. Senhor
Deputado **JORGE JOSE SANTOS PEREIRA SOLLA**
Câmara dos Deputados

Dirijo-me a V. Exa. para encaminhar, a título de sugestão de iniciativa legislativa, a proposta de **alteração do artigo 79 da Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). O referido dispositivo trata das hipóteses de contratação através do procedimento auxiliar das licitações denominado de credenciamento.

A alteração sugerida visa acrescer a hipótese que abarque a contratação de serviços complementares de saúde quando, em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, as necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento.

Colocamo-nos à disposição desse Colegiado para o debate do assunto.

Atenciosamente,

 Documento assinado digitalmente
ALISSON SANTOS DE ALMEIDA
Data: 24/04/2023 10:54:43 -0300
Verifique em <https://validar.jf.gov.br>

ALISSON SANTOS DE ALMEIDA
Matricula: 21/0025298

Aluno do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

ANEXO 1 – MINUTA DO PROJETO DE LEI

SUGESTÃO

ASSUNTO: Alteração do artigo 79 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

TEXTO DA SUGESTÃO:

Altera a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), para acrescentar a hipótese de contratação de serviços complementares de saúde por meio do credenciamento de prestadores de serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS).

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 79 da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV.

79
.....
"Art.

IV – Para a contratação de serviços complementares de saúde quando, em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, as necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento.

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

JUSTIFICAÇÃO:

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), ao tratar da Ordem Social e, mais especificamente, da saúde pública estabeleceu no art.196 a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença" (BRASIL, 1988).

Estabeleceu ainda, no artigo 199, §1º que: "as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio" (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes, estabeleceu no Capítulo II, ao tratar da **participação complementar**, que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (BRASIL, 1990).

Entretanto, a contratação desta rede complementar não ocorreu com a naturalidade desejada e para resolver parte desse problema o Ministério da Saúde criou a política de “contratualização”, que seria mais que contratar, seria efetivamente integrar interesses para propiciar uma atenção integral à saúde.

A convocação dos eventuais interessados se dava por meio de chamamento público geral e se enquadrava dentro da vaga hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da lei 8.666/93 (REQUI, 2015), cujo rol de hipóteses é exemplificativo. Se trata de hipótese de inexigibilidade porque, em regra, o Estado tem a intenção de contratar o maior número de prestadores possível, pois a demanda é muito maior do que a capacidade que o universo de prestadores tem a oferecer (FERNANDES, 2003. p. 41).

Em 1º de abril de 2021 a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), tratou, no título que versa sobre a contratação direta, do Credenciamento, que antes somente tinha previsão legal em leis estaduais e agora foi listado como um instrumento auxiliar às contratações públicas e não precisa mais ser considerado como uma mera interpretação extensiva compatível com o rol exemplificativo das inexigibilidades.

Ocorre que o texto do artigo 79 da lei 14.133/2021 não dispôs expressamente acerca da possibilidade de contratação dos prestadores complementares e, apesar de entendermos que tal contratação esta abarcada pelo rol exemplificativo, acreditamos que validar essa hipótese expressamente pode incentivar que as secretarias municipais e estaduais de saúde contratem prestadores por meio do credenciamento, ampliando a rede complementar em atenção aos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

Note-se, por fim, que o Tribunal de Contas da União (TCU), do Superior Tribunal e Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) recomendam que os serviços complementares sejam contratados por meio do credenciamento.

Conforme decidiu o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 352/2016-Plenário de 24/02/2016, da relatoria do Min. Benjamin Zymler:

O *credenciamento* pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde, tanto para atuarem em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, devendo a distribuição dos serviços entre os interessados se dar de forma objetiva e impessoal. (TCU, 2016)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, tem se mostrado deferente aos entendimentos esposados pela Corte de Contas e também tem consagrado o credenciamento como uma *"modalidade de licitação inexigível em que há inviabilidade de competição e admite a possibilidade de contratação de todos os interessados em oferecer o mesmo tipo de serviço à Administração Pública"*. (REsp n. 1.747.636/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 9/12/2019).

O Supremo Tribunal Federal (STF), outrossim, coaduna com o referido entendimento e afirma que:

A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente. (ADI 1923, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 16/04/2015, Publicação: 17/12/2015).

Por tudo isso, a alteração sugerida visa acrescentar a hipótese que abarque a possibilidade de contratação de serviços complementares de saúde pelo credenciamento.

ANEXO 3 - OUTRAS SOLICITAÇÕES

Brasília (DF), 20 de abril de 2023

Exmo. Senhor
Deputado **JORGE JOSE SANTOS PEREIRA SOLLA**

Dirijo-me a V. Exa. para encaminhar, a título de sugestão, as seguintes providências:

1. Envio de ofício ao Ministério da Saúde solicitando:

1.1. A atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde, especialmente para ajustá-lo aos novos ditames da lei 14.133/2021.

1.2. O fomento à capacitação dos gestores da saúde pública acerca da temática da regulação.

1.3. A criação de Grupo de Trabalho para realização de estudos com vista à definição de regras de atualização da Tabela SUS.

1.4. A criação de Grupo de Trabalho para realização de estudos com vista à definição do modelo regulatório adequado para reger a relação entre a Administração Pública e os prestadores de saúde complementar.

2. Requerimento ao Presidente da Câmara de Deputados para que o PLS 468/2018, que pede a revisão anual da tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do Sistema Único de Saúde seja colocado em votação.

Colocamo-nos à disposição desse Colegiado para o debate do assunto.

Atenciosamente,

Documento assinado digitalmente
ALISSON SANTOS DE ALMEIDA
Data: 24/04/2023 10:54:41 -0300
Verifique em <https://validar.jf.gov.br>

ALISSON SANTOS DE ALMEIDA
Matricula: 21/0025298

Aluno do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

ANEXO 4 - OFÍCIO Nº 011/GABINETE 571



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Ofício nº 011/Gabinete 571

Brasília, 25 de abril de 2023.

Prezado Sr. Alisson Santos de Almeida,

Acusamos o recebimento das sugestões encaminhadas por vossa senhoria no dia 20 de abril de 2023. Quais sejam:

1. Proposta de alteração da Lei 14.133/2021 para acrescentar ao artigo 79 a hipótese de contratação por meio do credenciamento de serviços complementares de saúde.
2. Encaminhamento de ofício ao Ministério da Saúde sugerindo:
 - a. Atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde, especialmente para ajustá-lo aos novos ditames da lei 14.133/2021;
 - b. Fomento à capacitação dos gestores da saúde pública acerca da temática da regulação;
 - c. Criação de Grupo de Trabalho para realização de estudos com vista à definição de regras de atualização da Tabela SUS;
 - d. Criação de Grupo de Trabalho para realização de estudos com vista à definição do modelo regulatório adequado para reger a relação entre a Administração Pública e os prestadores de saúde complementar.
3. Requerimento ao Presidente da Câmara de Deputados para que o PLS 468/2018, que pede a revisão anual da tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do Sistema Único de Saúde seja colocado em votação.

Todos os pleitos serão analisados e as medidas administrativas necessárias à implementação das propostas viáveis serão oportunamente tomadas.

A *priori*, considero que é importante refletir sobre o credenciamento e eventuais abordagens específicas que melhor atendam à contratação de serviços de saúde complementar, tendo em vista as peculiaridades do SUS. Igualmente, suas inquietações acerca da necessidade de atualização do Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde, capacitação dos gestores da saúde pública no tema de regulação e a realização de estudos com vista à definição de um modelo regulatório para o SUS também são extremamente relevantes.

Ressalto que a revisão da Tabela SUS é uma pauta que defendemos há muito tempo, portanto, certamente nos debruçaremos sobre o PLS 468/2018, a fim de que possamos encontrar o formato mais sustentável para atualizar os preços da Tabela sem comprometimento das regras orçamentárias.

Em tempo, ressaltamos a importância dos temas abordados e o parabeno pela iniciativa. Solicito que após a conclusão do Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília seja encaminhada uma cópia da dissertação para o nosso gabinete.

Saliento que a participação da sociedade, através do envio de sugestões de projetos de lei é essencial para a construção do ambiente democrático desejado pela Constituição Federal e por este parlamentar.

Atenciosamente,



JORGE SOLLA
Deputado Federal (PT-BA)