



Brasília | ano 54 | nº 213
janeiro/março – 2017

Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal

Intervenção nas Santas Casas de Misericórdia

GUSTAVO ASSED FERREIRA

JOÃO OTÁVIO TORELLI PINTO

HÉLIO NAVARRO DE ALBUQUERQUE NETO

Resumo: O Sistema Único de Saúde (SUS) muitas vezes se vale de convênios e contratos com o setor privado (como no caso das Santas Casas de Misericórdia no âmbito municipal), o que pode ocasionar intervenções do Poder Público. Este estudo realiza uma análise da legalidade e desdobramentos jurídicos de tais atos de intervenção. Para cumprir tal objetivo, utiliza-se da análise dogmática jurídica em relação ao arcabouço normativo e jurídico envolvendo o SUS, em especial na análise das subvenções públicas às Santas Casas, bem como da análise normativo-jurídica da intervenção municipal em tais entes, com seus consequentes desdobramentos para os agentes envolvidos. Resultou deste estudo a possibilidade de identificar que os atos de intervenção municipal nas Santas Casas devem ocorrer em situações excepcionais, sob pena de flagrante desvio de finalidade por violação à legislação aplicável ao caso, bem como sob pena de incidência de responsabilizações pessoais ao agente interventor.

Palavras-chave: Santas Casas de Misericórdia. Intervenção municipal. Desvio de finalidade. Responsabilidade do agente interventor.

1. Introdução

Em que pese o direito à saúde no Brasil estar inserido no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988 (CF)¹, adquirindo

¹ Nesse sentido, ver artigo 6º da CF: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).”

dimensão que “vai além da biologia – uma dimensão política e social” (SANTOS, 2010, p. 25), o qual deveria, ao menos em tese, ser atendido plenamente pelo Estado², o cenário da saúde pública no Brasil é pautado pela escassez tanto de recursos materiais, quanto de recursos humanos e financeiros. Tanto é assim, que Weichert (2010, p. 132) é claro ao dispor que no atual cenário do SUS “percebe-se que o Estado brasileiro está inadimplente com o cidadão nas ações de saúde, havendo deficiência não só na garantia do acesso universal, como também na realização do atendimento integral.”

Tal cenário de limitados recursos é contextualizado e esmiuçado por Carvalho (2013) ao realizar “uma análise retrospectiva dos últimos dez anos de governo federal e da saúde pública no Brasil”, na qual o autor conclui pelo “descumprimento contumaz da legislação e das diretrizes por que sempre propugnou em relação à saúde.” Todavia, a escassez de recursos públicos por si só não é capaz de afastar, “nem restringir o conteúdo do direito fundamental à saúde” (WEICHERT, 2010, p. 127), razão pela qual não caberia ao Estado eximir-se de prestar tal direito à população nos moldes constitucionais.

Nesse cenário, entidades privadas – hospitais particulares, planos de saúde privados, entidades privadas sem fins lucrativos etc. –, passam a exercer importante função, a fim de evitar o completo colapso do sistema público de saúde, o qual seria incapaz de atender, de forma adequada e satisfatória, a toda a população. Dentre elas, este artigo dá destaque às entidades privadas sem fins lucrativos, em especial às Santas Casas de Misericórdia, em razão do objetivo central desse estudo ser a análise dos atos de intervenção municipal em tais entidades, avaliando-se a legalidade desses atos, bem como as possíveis soluções administrativas e jurídicas a serem adotadas e seus desdobramentos jurídicos.

Para cumprir tal objetivo, utiliza-se a análise normativo-jurídica envolvendo o SUS, em especial a análise das subvenções públicas às Santas Casas de Misericórdia, bem como a análise normativo-jurídica da intervenção municipal em tais entes, com seus consequentes desdobramentos. Mediante a análise dogmática jurídica para cumprir tal objetivo (metodologia adequada para a análise dos fundamentos legais e jurídicos que envolvem a aplicação do instituto da intervenção municipal e seus consequentes desdobramentos jurídicos)³.

²Fala-se em pleno atendimento da saúde pelo Estado, pois, conforme disposto no artigo 23 da CF, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

³O conceito de dogmática jurídica adotado neste trabalho é o apresentado por Rodriguez, Püschel e Machado (2012, p. 21), segundo os quais a dogmática jurídica “é um conjunto raciocínios destinado a organizar sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e os casos julgados em um determinado orde-

Assim, por meio de tal estudo, foi possível identificar que a intervenção municipal somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais, restritas e justificáveis a ponto de suprimir a autonomia e gestão de entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos, como as Santas Casas.

2. Contexto legal envolvendo o sistema de saúde brasileiro

A análise do regramento jurídico envolvendo a saúde no Brasil abordará tal conjuntura normativa de forma sintética, pois isso é necessário para introduzir as normas relativas às Santas Casas de Misericórdia, bem como os repasses de verbas públicas para elas.

2.1. Regramento constitucional

Primeiramente, destaca-se que a proteção à saúde é direito assegurado na CF, com previsão em diversos artigos, como no *caput* do artigo 6º, que dispõe sobre os direitos sociais que devem ser garantidos aos cidadãos brasileiros. São direitos que devem ser efetivados na forma prevista na própria Constituição, o que só ocorre nos artigos seguintes, como o inciso II do artigo 23, que dispõe sobre as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública.

Nota-se que a CF estabeleceu como competência comum aos entes da Federação cuidar da saúde e assistência pública, ou seja, conferiu ao próprio Estado o dever de garantir o direito social à saúde, inclusive garantindo a competência legislativa a tais entes (inciso XII do artigo 24 da CF). Tal direito é reforçado no inciso VII do artigo 30, o qual estabelece a competência municipal de “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”⁴

Observa-se, assim, a importância atribuída ao direito à saúde, uma vez que reforçado na CF, consagrando-o com a previsão no artigo 196⁵, que impõe ao Poder Público o dever de assegurar a saúde a todos, qual-

namento jurídico [...] tendo em vista a solução de casos concretos por meio de organismos com natureza jurisdicional.” Dogmática jurídica que não visa tão somente à sistematização de determinado assunto, mas, antes disso, visa “obter soluções adequadas aos problemas sociais.” Buscando dentre as soluções possíveis em abstrato aquela que melhor se adequa ao caso concreto estudado (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 22).

⁴Nesse sentido, ver CF: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”

⁵Nesse sentido, ver CF: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

quer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa⁶.

2.2. Breve contextualização da atuação complementar das entidades privadas sem fins lucrativos conjuntamente com o SUS

Não bastasse a previsão constitucional, por si só capaz de consagrar o direito à saúde com dever do Estado, a própria norma regulamentadora do SUS, a Lei nº 8.080/1990⁷, também discorre sobre tal dever, na medida em que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”

Todavia, em que pese ser dever do Estado, a efetivação do direito à saúde ocorre tanto por entes da Administração Pública, quanto por entes privados, como se pode observar da estrutura do SUS, o qual é composto tanto por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração Pública Direta e Indireta, quanto por entes da iniciativa privada em caráter complementar (SANTOS, 2010, p. 153)⁸, com previsão legal expressa para atuação conjunta ao SUS, conforme estabelecido pelo artigo 23 da Lei nº 8.080/1990, em

⁶Em relação à responsabilidade solidária de todos os entes da federação na assistência à saúde, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta posicionamento pacífico, o que pode ser constatado no ARE 799136 /RS.

⁷Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

⁸Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

especial as entidades privadas sem fins lucrativos, com previsão no inciso III desse artigo e ressaltada por Santos (2010, p. 174-177), ao considerar que a subvenção às entidades privadas sem fins lucrativos ocorre como reflexo do próprio sistema público de saúde em que vige a integralidade e gratuidade da assistência.

Ressalte-se, ademais, que a atuação complementar dos entes privados conjuntamente com o SUS ocorre, essencialmente, nos casos de insuficiência de cobertura da saúde pelo Estado, razão pela qual a própria lei do SUS prevê cooperação por meio da celebração de contrato ou convênio, nos quais há prioridade na celebração destes com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos⁹. Convênios e contratos que deverão, no âmbito municipal, ser firmados pela direção municipal do SUS (inciso X do artigo 18 da Lei nº 8.080/1990).

Tais convênios são frutos, portanto, de um dever do próprio Estado em “organizar uma rede de ações e serviços públicos de saúde capaz de prevenir agravos à saúde e doenças”, ainda mais “no caso de a prevenção falhar, ou nos casos de adoecimento por motivos humanos, deve oferecer uma rede de serviços capaz de atender o indivíduo com qualidade, humanidade, eficiência e presteza” (AITH, 2010, p. 193).

Outro importante destaque em relação ao sistema de cooperação com entes privados reside no fato de os convênios ou contratos firmados deverem respeitar, sempre e sem qualquer ressalva, o equilíbrio econômico e financeiro, conforme texto expresso de lei (§ 2º

⁹Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 24. 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. *Parágrafo único.* A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

do artigo 26 da Lei nº 8.080/1990), o qual deve ser respeitado em virtude de a saúde ser dever do Estado e sua concretização por meio dos entes privados se realizar mediante a subvenção estatal a tais entes, razão pela qual não cabe ao Estado impor tal responsabilidade aos entes privados, onerando-os em relação a um dever que não incumbe àquele primariamente.

Paralelamente à Lei nº 8.080/1990, a fim de regulamentar o repasse de verbas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, foi editada a Lei nº 8.142/1990, a qual, em seus artigos 2º e 3º, apresenta importante regramento em relação ao repasse e destinação de verbas aos Municípios no importe mínimo de 70% (setenta por cento) para a cobertura das ações e serviços de saúde mediante alocação de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS)¹⁰, a serem utilizados seja pela Administração Direta ou Indireta, seja por entes privados sem fins lucrativos que venham a celebrar contratos ou convênios com o ente estatal. Nesse sentido, bem ressalta Aith (2010, p. 220) que os valores destinados à saúde, em especial os provenientes dos fundos de saúde, são essenciais “para que os gestores da saúde possam desenvolver de forma contínua, permanente e eficaz as ações e serviços públicos da área.”

Em termos concretos, Medici (2010, p. 250) apresenta importantes dados sobre o financiamento da saúde pública no Brasil. Primeiramente, afirma que 57% dos gastos com a saúde são privados, sendo que a distribuição dos gastos entre os três principais agentes econômicos, governo, famílias e empresas (incluindo as entidades filantrópicas), correspondem a 43%, 30% e 27% respectivamente.

Assim, cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela lei do SUS e pela própria CF e traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Poder Público deve velar de maneira responsável. Tal direito não pode ser convertido em promessa constitucional inconsequente, sob pena de

¹⁰ Nesse sentido, ver a Lei nº 8.142/1990: “Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como: [...] IV – cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal. *Parágrafo único.* Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.” O artigo 3º, por sua vez, estabelece que: “Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. § 1º Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo. (Vide Lei nº 8.080, de 1990). § 2º Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando-se o restante aos Estados. § 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.”

o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu imposterável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide sobre o Poder Público a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas públicas idôneas, tal como a prestação de serviços hospitalares emergenciais, fornecimento de medicamentos etc., sem que para tanto tenha que se valer do abuso econômico à população e aos agentes privados que atuam em prol do Poder Público como as entidades sem fins lucrativos (Ex.: Santas Casas de Misericórdia).

2.3. Âmbito municipal – as Santas Casas

Por meio dessa análise normativa, percebe-se que, em que pese o dever de atuação do Estado para o fim de atender plenamente o direito à saúde, tal atuação é insuficiente na medida em que o Poder Público não dispõe de estrutura capaz de atender a toda a população nos mais de cinco mil municípios no Brasil¹¹. Tal situação tanto é real que, no § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, o legislador brasileiro estabeleceu: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

Percebe-se, desse modo, que o Estado, pelo reconhecimento de sua própria incapacidade de dar pleno atendimento ao direito Constitucional à saúde, transfere tal responsabilidade aos demais agentes sociais, entre elas as pessoas jurídicas de direito privado, como as Santas Casas de Misericórdia, as quais têm sua origem nos primórdios da saúde no Brasil; como bem ressalta Carvalho (2013), a “história dos cuidados com saúde do brasileiro passa, necessariamente, pela filantropia. Mais ainda pelo cunho filantrópico religioso, a caridade” e, paralelamente a essas atividades, tem-se a atuação estatal.

Tanto a origem da assistência da saúde pública está associada às entidades filantrópicas, religiosa e de caridade, que tais entes (Santas Casas e as associações de beneficência de todo gênero) permanecem ainda em nosso sistema de assistência social conjuntamente com a atuação estatal (MOREIRA NETO, 2014, p. 1.666).

Ademais, em que pese a atuação conjunta e paralela de tais instituições ao Poder Público, este “precisa esgotar todas as possibilidades de

¹¹ Segundo o Portal Brasil, desde 2013 o Brasil tem 5.570 municípios, todos com legislação e prefeitos eleitos. (CRESCER..., 2014).

esforços de economia, para só então justificar a não realização do dever de promoção dos direitos sociais em decorrência de limitações financeiras” (WEICHERT, 2010, p. 130) e, de forma alguma, repassar tal ônus aos agentes privados sem que exista qualquer contrapartida para tanto, ainda que tais entes sejam entidades privadas filantrópicas, sem fins lucrativos, como as Santas Casas.

3. Entidades filantrópicas

Passadas as considerações iniciais quanto ao cenário da saúde pública no Brasil, bem como o sistema de atuação estatal em cooperação com entes privados, compete discorrer sobre as características essenciais relacionadas às entidades privadas sem fins lucrativos e filantrópicas, como as Santas Casas de Misericórdia, dada a importância de tais entes na concretização do direito à saúde.

3.1. Natureza jurídica

Em relação à natureza jurídica das Santas Casas de Misericórdia, há que se destacar o fato de tais entes apresentarem características relacionadas, tanto no âmbito público quanto no privado, na medida em que, apesar de serem constituídas como pessoas jurídicas de direito privado (forma de associação), o objetivo societário não é o econômico (forma societária), mas filantrópico, cultural, político, social etc. (COELHO, 2013, p. 42-44). Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho (2010, p. 578) explana que tais pessoas jurídicas “embora não integrando o sistema da Administração Indireta, cooperam com o governo, prestam inegável serviço de utilidade pública e se sujeitam a controle direto ou indireto do Poder Público”; o autor também ressalta a possibilidade de

“tranquilamente enquadrá-las na categoria de entidades paraestatais.”

As Santas Casas, assim, por serem constituídas na forma de associação e por apresentarem como objeto principal a atuação filantrópica, dispõem de características ímpares, aplicando-se subsidiariamente a disciplina jurídica das sociedades empresárias contratuais e às cooperativas (COELHO, p. 45), o que as torna entes da sociedade com atuação em parceria com a Administração Pública, pois atuam na “persecução de interesses públicos” (MOREIRA NETO, 2014, p. 943).

Tais formas de cooperação com a Administração Pública, por meio de entes privados, “reunidas sob a denominação genérica de *administração associada extraestatal*, não encontram marcos de sistematização na legislação” e nem mesmo subsídio significativo na doutrina brasileira, até mesmo porque o Decreto-lei nº 200/1967 (responsável por dispor sobre a organização da Administração Federal) “não poderia prever a rápida evolução experimentada pelos fenômenos sociais hoje referidos ao *terceiro setor*” (MOREIRA NETO, 2014, p. 941).

A despeito da inexistência de marco legal capaz de regular todas as modalidades de atuação em cooperação com a Administração pública, devem-se destacar as Leis nºs 9.637/1998¹² e 9.790/1999¹³; mesmo que não disciplinem especificamente as Santas Casas, elas “inauguram novo quadro para a execução

¹² Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.”

¹³ Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.”

de *fomento* institucional”, na medida em que incentivam “a criação de *entes intermédios* pela sociedade para o desempenho de *atividades de colaboração* entre os setores públicos e privados, *convergentes para os mesmos interesses públicos*.” (MOREIRA NETO, 2014, p. 1.832), razão pela qual não podem ser desconsideradas neste estudo.

Nesse sentido, percebe-se a complexidade de tais entes, visto que abarcam tanto questões relativas a entes privados, quanto questões relativas a entes públicos, buscando concretizar um interesse público maior, fato que gera desdobramentos inclusive nas questões financeiras envolvendo o repasse de verbas públicas para a manutenção e continuidade da prestação de determinado serviço público, como é o caso da subvenção pública nas Santas Casas de Misericórdia para o atendimento público da saúde.

3.2. Subvenção pública

Por meio da análise legislativa apresentada no item 2, é possível identificar as principais normas e bases relacionadas aos recursos e sua distribuição à saúde pública, os quais são a base da subvenção pública aos entes privados que atuam em nome da Administração Pública prestando o serviço básico de saúde, como as Santas Casas de Misericórdia. Essa subvenção pública decorre essencialmente do dever do Estado em efetivar o direito à saúde nos três níveis federativos, conforme disposto nos artigos 197 e 198 da CF e nas Leis nºs 8.074/1990 e 8.080/1990, atribuindo aos Municípios a responsabilidade e recursos para a efetiva concretização do direito à saúde (COSTA, 2014, p. 644-645).

Ademais, nessa análise legislativa, não há como deixar de mencionar a Lei Complementar nº 141/2012, responsável por regulamentar o § 3º do artigo 198 da CF, dispondo sobre os

valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como sobre a forma de rateio dos recursos para transferências à saúde. Ao proceder assim, a LC nº 141/2012, em seu artigo 7º, prevê que os Municípios têm o dever de aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde o percentual mínimo de 15% sobre a arrecadação dos impostos municipais dispostos no artigo 156 da CF; sobre as receitas de distribuição aos municípios dispostas no artigo 158 da CF; bem como sobre as receitas dispostas na alínea “b” do inciso I do *caput* e o § 3º do artigo 159, também da CF.

Nota-se, pois, que os entes municipais apresentam diversas fontes de receitas, bem como estão obrigados a destinar parcela significativa de tais verbas à concretização dos serviços de saúde, sejam elas originárias ou de repasse, seja por meio de sua atuação direta, seja por meio de sua atuação indireta mediante a subvenção de recursos aos entes privados que atuam mediante contrato ou convênio com o Município.

Especificamente em relação à subvenção mediante contrato com o Poder Público, diversas são as leis e portarias responsáveis por ditar os parâmetros mínimos que tais contratos e convênios devem respeitar, como a Lei nº 13.019/2014, a qual estabelece o regime de mútua cooperação entre administração pública e organizações da sociedade civil; a Portaria nº 3.410/2013 (prorrogada pela Portaria nº 2.251/2015), a qual estabelece as diretrizes para a contratação de hospitais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e a Portaria nº 929/2012, a qual institui o incentivo financeiro 100% SUS destinados às unidades hospitalares que se caracterizem como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Vejamos cada um desses regramentos.

Primeiramente, ao estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação, a Lei nº 13.019/2014 visa à concretização de finalidades de interesse público, razão pela qual garante maiores benefícios às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, uma vez que apresentam objetivos voltados ao interesse coletivo, conforme se observa no tópico 3.1.

Somada a essa lei, a Portaria nº 3.410/2013 estabelece diretrizes mais concretas na contratação com o Poder Público, ao dispor sobre a responsabilidade das três esferas públicas na gestão da saúde (artigo 4º e seguintes), a responsabilidade dos hospitais contratados (art. 6º e seguintes), o financiamento de tais hospitais (artigo 14 e seguintes) e, por fim, dispor pormenorizadamente sobre a contratualização em si (artigo 21 e seguintes). Essa portaria, em seu artigo 14, estabelece as fontes públicas de custeio e investimento que compõem o orçamento dos hospitais (fontes federal, estaduais, distrital ou municipais), para a aplicação seja em hospitais públicos, seja em privados sem fins lucrativos.

Por fim, a Portaria nº 929/2012 também é importante instrumento normativo nas questões de contratação com o Poder Público na área da saúde, pois institui o Incentivo Financeiro 100% SUS, destinado às unidades hospitalares que se caracterizem como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e que destinem 100% de seus serviços de saúde, ambulatoriais e hospitalares, exclusivamente ao SUS, como em casos de Santas Casas de Misericórdia que realizam o atendimento integral da saúde em muitos Municípios.

Esse conjunto de normas compõe todo o sistema de previsão, repasse e subvenção financeira ao sistema de saúde pública no Brasil, em especial o repasse referente à subvenção de entes privados sem fins lucrativos que, por meio do contrato com o Poder Público, prestam os serviços de saúde, muitas vezes de forma exclusiva em determinados municípios, como o caso das Santas Casas de Misericórdia.

4. Intervenção municipal

Não menos importante é a discussão sobre a intervenção municipal nas entidades privadas sem fins lucrativos que exercem a função estatal de prestação de serviços à saúde, porquanto representam, muitas vezes, o único atendimento público à saúde em pequenos municípios e acabam tendo sua atuação dependente do repasse da subvenção pública. Desse modo, antes de percorrer os ditames legais e hipóteses de intervenção municipal, questões gerais envolvendo a autonomia municipal e execução de serviços públicos locais devem ser analisadas de modo a

compreender os limites do gestor público municipal em eventual atuação interventiva.

4.1. Autonomia municipal

A autonomia municipal está intimamente relacionada à autonomia administrativa do ente municipal, na medida em que “compreende a gestão dos serviços locais, isto é, aqueles em que o interesse municipal é maior do que o federal e o estadual” (COSTA, 2014, p. 330). Tal interesse apenas se sobressai em relação ao interesse estadual e federal, mas nunca se sobrepõe a eles, pois tais interesses estão relacionados à própria organização dos serviços públicos locais, como transporte, saneamento, uso das vias públicas etc. – dentre os quais se destaca à saúde, que representa matéria de interesse federal, estadual e municipal, predominando o interesse deste sobre o daqueles.

A predominância do interesse municipal na saúde decorre de simples fato de que todos os problemas relacionados ao direito à saúde têm, em última instância, implicações diretas (positivas ou negativas) na gestão municipal, ente direto na efetivação daquele direito – até porque os demais entes da federação não passam de meras abstrações administrativas para a gestão e a organização de recursos e interesses dentro de um território.

Ressalte-se que, apesar da relativa autonomia municipal na gestão das matérias de interesse local, tais interesses sempre devem respeitar os ditames constitucionais e o restante do ordenamento jurídico aplicável a cada caso, como a Lei nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), planos plurianuais, lei de diretrizes orçamentárias, as quais exercem restrição à gestão e utilização de recursos pelo Município (COSTA, 2014, 349-51). Assim, antes mesmo de abordar as peculiaridades do ato de intervenção, é possível auferir que aos gestores públicos municipais não é permitida a prática de qualquer ato de forma desenfreada, justificando-se unicamente no maior interesse local, porque a Administração Pública deve respeito ao princípio da estrita legalidade¹⁴, diferentemente dos entes privados, que podem praticar atos sem a necessidade de sua estrita previsão, ainda que não contrariem as leis.

Percebe-se, dessa maneira, que a autonomia do Município não se dá de forma plena e irrestrita, já que limitada ao repasse e à correta destina-

¹⁴ Postulado básico do Direito Administrativo brasileiro, conforme se pode constatar em Mello (1989, p. 57-58), o qual aponta o princípio da estrita legalidade como “subordinação completa do administrador à lei.” Ademais, ressalta o autor que “todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”

ção das verbas por ele recebidas e arrecadadas. Admitir entendimento diverso não significa cecear a autonomia financeira ou gestão do Município, mas legitimar condutas manifestamente contrárias às leis orçamentárias e à própria Lei de Responsabilidade Fiscal, à qual todos os entes da Administração Pública se submetem, especialmente em se tratando de matéria de grande interesse, como é a saúde pública.

4.2. Requisitos e legalidade do ato interventivo

Quanto aos requisitos legais para legitimação do ato interventor do Município em face das Santas Casas de Misericórdia, observa-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro lei específica para tanto, razão pela qual se utilizam, por meio da analogia, dispositivos constitucionais referentes à requisição administrativa e intervenção nos entes federados, bem como se utiliza a CF e a própria lei do SUS na questão concernente à requisição administrativa de bens e serviços.

Assim, o ato de intervenção municipal deve respeitar os estritos termos legais, bem como sua finalidade última, a promoção do interesse público, sob pena de nulidade por ilegalidade do ato. Seu fundamento é a preservação das “várias estruturas organizacionais, que precisam ser ordenadas segundo uma lógica de competência e responsabilidade”, pela qual se deve zelar para que haja harmonia entre as entidades do Estado (COSTA, 2014, p. 266).

A intervenção somente deve ocorrer em casos excepcionais seguindo, por analogia, os ditames previstos no ordenamento constitucional brasileiro, especialmente o quanto disposto na CF, no artigo 5º, inciso XXV, e nos artigos 34, 35 e 36. Além desses artigos, a própria

Lei do SUS (Lei nº 8.080/90, artigo 15, inciso XIII) deve ser utilizada nos casos de intervenção municipal nas Santas Casas.

Observa-se que o regramento normativo relacionado à requisição administrativa também dispõe de algumas legislações esparsas, como o Decreto-Lei nº 4.812/1942, que aborda a requisição para as Forças Armadas; o Decreto-Lei nº 2/1966, que disciplina a requisição para abastecimentos da população; e a Lei Delegada nº 4/1962, que regula a intervenção no domínio econômico na distribuição de produtos necessários ao consumo da população, sendo que em nenhum desses regramentos há qualquer disciplina jurídica relacionada à saúde pública.

Nesse sentido, o inciso XXV do artigo 5º da CF é a base de todo e qualquer ato interventor, porque disciplina a requisição administrativa “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

A requisição administrativa deve ser analisada em conjunto com os artigos 34 e seguintes da CF, os quais regulam a intervenção de um ente federado em outro, na qual o chefe do Poder Executivo expedirá decreto interventor, devidamente motivado, nomeando o interventor e limitando os limites da intervenção. Tal decreto deverá ser referendado pelo órgão legislativo daquele ente, no caso do Município, pela Câmara Municipal (COSTA, 2014, p. 175).

Nesse mesmo sentido posiciona-se Carvalho Filho (2010, p. 862) ao entender que, no ato requisitório com caráter expropriatório, como nos casos de intervenção nas Santas Casas de Misericórdia, é “indispensável ato formal de instituição, seja por decreto específico do Chefe do Executivo, seja até mesmo no próprio decreto expropriatório.” O autor

justifica ainda seu posicionamento em dois fundamentos: o fato de a ocupação estender-se por período superior a “uma breve ocupação” e o fato de tal ato resultar na indenização ao agente que teve sua propriedade tolhida.

A requisição administrativa, pois, somente se dá em casos de “imminente perigo público”, ou seja, somente em situações em que há “necessidades coletivas prementes” a serem sanadas (NOHARA, 2013, p. 718); e o ato de intervenção deve respeitar os ditames constitucionais de motivação com referendo da respectiva casa legislativa e indenização ao agente privado. Nem poderia ser de forma diversa, dado que se trata de uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, o que somente deve ocorrer como fim último do Estado para garantir determinados ditames constitucionais. Qualquer ato interventivo na propriedade privada que não se atenha aos parâmetros constitucionais “estará contaminado de irretrorquível ilegalidade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 841).

Nohara (2013, p. 718) e Di Pietro (2013, p. 142) observam ainda que, quando envolve bem imóvel, o ato de requisição confunde-se com questões relacionadas à ocupação temporária ou quando envolve bens móveis há semelhança com o instituto da desapropriação – ou seja, ambas são hipóteses de intervenção supressiva do Estado na propriedade privada, na qual há a transferência coercitiva da propriedade de terceiro ao ente estatal.

Desse modo, percebe-se que, nos casos em que a propriedade privada esteja atendendo seus fins últimos (sua função social), não existem fundamentos legais capazes de justificar a intervenção, como no caso da requisição para os fins da saúde pública, a qual deve respeitar a Lei do SUS (Lei nº 8.080/1990), cujo artigo 15, inciso XIII, apresenta regramento relacionado à intervenção do ente administrativo (União,

Estado ou Município) no ente privado: i) “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias”; ii) justa indenização às pessoas naturais ou jurídicas que tenham seus bens e serviços requisitados¹⁵.

Nohara (2013, p. 718) destaca a requisição no âmbito da saúde pública como um dos desdobramentos do artigo 5º, inciso XXV, da CF, sempre respeitando a justa indenização e iminente perigo ou calamidade pública, utilizando-o como medida última pelo administrador público a fim de evitar qualquer ilegalidade e abuso na intervenção da propriedade privada¹⁶.

Em posicionamento ainda mais restritivo à aplicação do instituto da requisição administrativa, Carvalho Filho (2010, p. 855) entende que não basta a existência de risco à coletividade: ele deve estar necessariamente “prestes a se consumir ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for tomada.”

Além disso, no caso de intervenção nas Santas Casas de Misericórdia, por serem entes privados, ainda que sem fins lucrativos, o Município, ao nomear o agente interventor, não pode excluir a participação da mesa diretora da referida instituição nas decisões praticadas pelo interventor sob pena de completo desconhecimento e possível prejuízo futuro

¹⁵Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: [...] XIII – para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

¹⁶Nesse sentido: “É certo que a requisição de propriedade particular é medida excepcionalíssima, que requer justificação também excepcional para sua tomada” (SÃO PAULO, 2015).

quanto à destinação de seu patrimônio, conforme se pode observar do posicionamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, quando da emissão de seu parecer nos autos (SÃO PAULO, 2014b)¹⁷.

Além desses pontos, o ato interventor está submetido a todos os ditames legais e administrativos, não se eximindo o Município do dever de cumprir os compromissos financeiros decorrentes dos contratos celebrados pela entidade que sofreu a intervenção, visto que o desrespeito a tais ditames, possivelmente, ensejará a responsabilidade administrativa do agente interventor, conforme se verá a seguir a respeito das consequências para o agente interventor¹⁸.

Por fim, saliente-se que, mesmo que o ato interventor venha a ser devidamente referendado pelo ente legislativo, caso existam excessos ou ilegalidade na prática do mesmo, nada impede que o Poder Judiciário exerça tal controle, anulando tal ato se for o caso (CARVALHO FILHO, 2010, p. 858).

5. Desvio de finalidade no ato de intervenção

A análise do desvio do ato administrativo de intervenção é necessária, pois se encontra intimamente atrelada aos próprios requisitos de legalidade do ato interventivo, bem como se subsume à realidade de muitas Santas Casas de Misericórdia que sofrem intervenção municipal, sob o fundamento de apuração de atos irregulares na gestão da mesma, e tal ato pode estar maculado de desvio de finalidade¹⁹.

¹⁷Nesse sentido, ver transcrição de parte do parecer (p. 180): “Logo, em se considerando as Santas Casas de Misericórdia entidades privadas com pleno direito de autogestão, às garantias constitucionais da propriedade e ao livre exercício de suas atividades, é certo que ao sofrerem intervenção do Poder Público no tópico da prestação de serviços, têm legitimidade para litigar em juízo pleiteando que um membro de sua Mesa Diretora possa acompanhar as decisões do interventor, sob pena de desconhecimento (e até prejuízo) futuro quanto ao destino de seu patrimônio (o que não significa necessariamente que o membro indicado venha a ter acesso às informações da auditoria quando se tratar de investigação para apurar fraudes)” (SÃO PAULO, 2014b).

¹⁸Sobre esse ponto, ver Homologação de acordo celebrado com o Município. Índícios de improbidade administrativa pela não observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Indisponibilidade do interesse público. Decisão que não exime o Município de cumprir com os compromissos financeiros que lhe competem decorrentes dos contratos celebrados e dos sucessivos períodos de intervenção na Santa Casa local. Questões atinentes ao mérito da ação de cobrança devem ser analisadas amplamente por ocasião da sentença, respeitado o duplo grau. Recurso desprovido, com observação (SÃO PAULO, 2014a).

¹⁹Em relação à realidade interventiva com desvio de finalidade em Santas Casas de Misericórdia, ver notícias: <<http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2016/04/prefeito-de-montes-claros-e-presos-durante-operacao-da-policia-federal.html>>. Acesso em: 3 maio 2016. <<http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2016/04/defesa-pede-que-trf-reconsidere-prisao-de-prefeito-de-montes-claros.html>>. Acesso em: 3 maio 2016. <<http://www.odemocrata.com.br/resposta-oficial-da-santa-casa-de-misericordia-de-sao-roqueao-artigo-desgraca-pouca-e-bobagem-publicado-em-150116/>>. Acesso em: 3 maio 2016.

5.1. Desvio de finalidade

Importante destacar que, embora as discussões envolvendo a teoria dos atos administrativos já se encontrem superadas em termos de centralidade do Direito Administrativo – conforme argumenta Medauar (2009, p. 167-174), ao expor a evolução do ato e processo administrativo –, a questão do desvio de finalidade de tais atos ainda é de suma importância como forma de controle da Administração Pública em face de seus agentes, uma vez que o desvio de finalidade do ato interventivo ocorre, em grande medida, quando interesses particulares passam a nortear os atos de gestão do chefe do poder executivo municipal²⁰, ou seja, há patente desvio de finalidade do ato quando o prefeito municipal deixa de exercer de forma adequada as funções a ele incumbidas em prol do interesse público para alcançar interesses pessoais e escusos, como o atraso no repasse de verbas à saúde pública com o propósito de prejudicar o prestador dos serviços médico hospitalar.

A finalidade do ato administrativo está intimamente atrelada ao princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da CF, ao passo que o gestor público deve pautar seus atos pelo interesse público, sem beneficiar a si próprio ou a outrem em detrimento da coletividade. Isso quer dizer que “a impessoalidade obriga a Administração a organizar-se de forma a propiciar uma atuação imparcial e voltada para a consecução da finalidade pública. É isso que se espera do administrador público” (RAMOS, 2012, p. 131). Se assim não for, inevitavelmente o administrador público estará atuando maculado por interesses que não condizem com finalidade do ato administrativo, desviando-se do dever de legalidade para atingir outros fins alheios à coletividade.

Ainda em relação ao desvio de finalidade do ato administrativo por violação ao princípio da legalidade, há que se destacar que tal violação não pressupõe tão somente a violação à lei propriamente dita, mas abrange a violação “de valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico”, como observa Di Pietro (2009) ao abordar a “era dos princípios” e sua aplicação aos atos administrativos²¹. Nesse sentido, Ferreira (2012, p. 445) observa que a “atuação do admi-

²⁰ Quanto aos atos de gestão do chefe do Poder Executivo Municipal, “do ponto de vista administrativo, quer dizer que todos os atos cotidianos que fazem com que a Administração funcione são tomados pelo Prefeito” (COSTA, 2014, p. 413).

²¹ Nesse sentido, vale a transcrição do trecho em que Di Pietro (2009) aborda tal questão: “A presença dos princípios e valores na Constituição permite a afirmação de que no Brasil a submissão da Administração se dá à lei e ao direito. Permite a afirmação de que, hoje, o princípio da legalidade ganhou nova dimensão, levando à distinção entre legalidade em sentido estrito (que equivale à reserva da lei) e à legalidade em sentido amplo (que abrange os atos normativos do Poder Executivo, bem como os princípios e valores previstos na Constituição, de forma implícita ou explícita).”

nistrador público não pode, em momento algum, se desviar do binômio legalidade-supremacia do interesse público, sob pena de vício do ato administrativo na modalidade desvio de finalidade²².

Traçadas essas premissas acerca do desvio de finalidade do ato administrativo, especialmente o ato interventivo para fins deste estudo, cabe agora esmiuçar a situação vivida por muitas Santas Casas, no que diz respeito à falta de repasse de recursos municipais para o custeio do serviço de atendimento público à saúde, no intuito de prejudicar a entidade, mediante seu estrangulamento financeiro.

5.2. Desvio de finalidade decorrente da falta de repasse municipal

Como já mencionado no item 3.2., é certo que a maioria das Santas Casas de Misericórdia, principalmente em Municípios menores do País, acaba por assumir a prestação da maior parte ou a totalidade em alguns casos, do serviço público de saúde. Nesse trabalho de cooperação com o Poder Público, que constitucionalmente tem o dever de assegurar o atendimento de saúde a todos²², é certo que as Santas Casas de Misericórdia dependem de repasses de verbas municipais, em complemento às federais e às estaduais, a fim de realizar atendimentos por meio do SUS.

Não raro, todavia, o Poder Público Municipal exime-se da sua responsabilidade de complementar o repasse de recursos públicos ao prestador do serviço de saúde, muitas vezes, com o fim de prejudicar o particular – no caso, as Santas Casas –, com o fim de criar artificialmente as condições para uma posterior intervenção, ou ainda para benefício próprio, conforme se observa nas notícias referidas em nota de rodapé.

Vale ressaltar, ainda, que nos Municípios menores, nos quais o atendimento público de saúde pode facilmente ser utilizado para fins eleiçoeiros, é possível que a falta de repasses de verbas municipais ocorra por razões pessoais do Chefe do Poder Executivo, com a finalidade de prejudicar a Administração das respectivas Santas Casas. Em suma, com a falta de repasses, o Chefe do Executivo municipal impõe ao particular (no caso, à Santa Casa) o dever de prestar o atendimento público de saúde às suas próprias expensas, criando verdadeiro desequilíbrio na situação financeira da entidade, para depois intervir indevidamente.

Por conseguinte, cabe atentar no vício do ato em razão do seu desvio de finalidade, o qual se dá pela prática de fim diverso daquele estabeleci-

²² Em relação ao dever constitucional do Estado de prestação plena do serviço de saúde, ver art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

do em lei, resultando, como consequência, em desvio de poder pelo agente público, mas não só, o agente público ao praticar um ato com o “fim de prejudicar ou ajudar alguém, isto é, não tendo por finalidade o interesse público, mas interesses subalternos, de particulares ou do próprio agente que o emitiu” tal ato deve ser considerado inexistente (VITTA, 2000, p. 269-270). Tal postura é altamente reprovável, pois viola a finalidade do ato administrativo, jogando por terra princípios impostos pela CF²³, como o da impessoalidade e o da moralidade – afinal, “agir de acordo com a moralidade administrativa significa agir de acordo com finalidades públicas legítimas” (MARRARA, 2012, p. 165).

Configurado o desvio de finalidade decorrente da falta de repasse municipal às pessoas de direito privado que cooperam com o serviço de atendimento público de saúde, ou até mesmo a sua intenção, caberá a adoção das medidas a seguir delineadas.

5.3. Medidas a serem adotadas administrativa e judicialmente pelos provedores e pela mesa diretora das Santas Casas

A Administração Pública, em toda sua atividade, está sujeita à fiscalização interna, decorrente do poder de autotutela²⁴, e à fiscalização externa, exercida “por diferentes órgãos e pelos cidadãos” (MOURÃO; COUTO, 2011, p. 42). Neste estudo, enfatiza-se o controle externo da Administração Pública, mediante o apontamento das medidas de caráter pre-

ventivo e repressivo, inclusive para a responsabilização pessoal do agente público, a serem adotadas nos casos de desvio de finalidade do ato interventivo especificamente em relação às Santas Casas de Misericórdia.

5.3.1. Das medidas preventivas

Foi delineado no item 4.2. que a intervenção municipal nas entidades privadas que cooperam com o Poder Público no atendimento público de saúde é medida excepcional, cuja concretização depende do preenchimento de alguns requisitos. É certo que a saúde financeira da entidade é demasiado importante na análise do cabimento do ato interventivo, pois na insubsistência desta, haverá o risco da paralisação do atendimento à população, implicando perigo à preservação da saúde da coletividade.

Na análise do desvio de finalidade do ato interventivo, todavia, devem-se verificar as razões da eventual difícil situação financeira da entidade privada, pois, se decorrente da propositada falta de repasses municipais, estar-se-á diante de uma deficiência financeira arquetizada, que não justifica a intervenção. Nesse cenário, é importante que a entidade privada (no caso, as Santas Casas), adote um modelo de gestão administrativo altamente eficiente e devidamente estruturado, viabilizando, em eventual tentativa de intervenção, a demonstração técnica e contábil de que a situação financeira precária não decorre de má gestão, mas da falta de repasses municipais.

Feito isso, na situação de risco iminente de intervenção, poderá a Santa Casa optar por notificar extrajudicialmente a municipalidade para que proceda à complementação dos repasses federais e estaduais de forma a fazer frente aos custos efetivos da prestação do serviço de saúde pública, para o que será demasi-

²³ Em relação aos princípios constitucionais expressamente impostos ao Estado pela CF, ver o art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²⁴ Ver Súmulas nºs 346 e 473 do STF.

adamente importante apresentar um conjunto probatório robusto da deficiência dos repasses. Não havendo qualquer providência da municipalidade, caberá ainda o ajuizamento de ação visando ao reequilíbrio financeiro do contrato firmado entre a entidade e o Poder Público municipal para o atendimento ao público de saúde – medida que demanda, também, um conjunto probatório robusto da insuficiência dos recursos municipais repassados.

Por fim, mas não menos importante, caracterizado o desvio de finalidade do agente público na falta de repasses municipais, “o cidadão pode representar ao Ministério Público, dotado de instrumento de máxima abrangência social, para que implemente a via judiciária” (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 430), objetivando a regularização dos repasses e a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92.

Vale reiterar, porém, que todas essas medidas demandam a estruturação de um conjunto probatório robusto de forma a caracterizar o desvio de finalidade na falta do repasse municipal.

5.3.2. Das medidas judiciais repressivas

Na via judicial, em caráter repressivo, o controle do ato interventivo maculado de desvio de finalidade encontra remédio no tripé formado pela ação popular, ação civil pública e mandado de segurança, pois subsome, em última instância, à definição de improbidade administrativa (SENNA, 2012, p. 312).

Naturalmente, o mandado de segurança é a medida repressiva que prontamente se demonstra apta a combater eventual intervenção maculada pelo desvio de finalidade, a fim de preservar o direito líquido e certo de a Provedoria e da Mesa Diretora da Santa Casa se manterem na gestão plena da entidade hospitalar, sem qualquer interferência do Poder

Público. Previsto constitucionalmente²⁵ e disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança é o remédio judicial mais célere em termos de análise liminar para afastar o ato interventor viciado e violador dos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa²⁶; porém, demanda um conjunto probatório pré-constituído e robusto, ao passo que a medida não admite dilação probatória.

Por sua vez, a ação popular, também prevista constitucionalmente²⁷, pode ser ajuizada por qualquer cidadão em pleno gozo da sua cidadania (desde que possua título de eleitor ou documento equivalente) visando a anular o ato interventor viciado de forma a preservar a moralidade administrativa, bem como proteger o patrimônio público em função do desvio da subvenção às entidades privadas sem fins lucrativos, como as Santas Casas²⁸. Todavia, na ação popular, o pedido restringe-se à anulação do ato interventor, assim como no mandado

²⁵ Ver art. 5º, LXIX, da CF.

²⁶ Vale salientar inclusive que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, 2004, p. 842).

²⁷ Ver art. 5º, LXXIII, da CF.

²⁸ Ver a Lei nº 4.717/2009: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.” [...] § 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

de segurança, com a possibilidade do pedido de ressarcimento, o que não é viável no mandado de segurança.

Por fim, cumpre ressaltar a possibilidade de repressão do ato interventor indevido por meio da ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, cuja legitimidade ativa se encontra taxativamente arrolada no referido mandamento legal²⁹. Trata-se de medida que se apresenta mais abrangente que as anteriores, pois, além da possibilidade de anular o ato interventor viciado e ressarcir os cofres públicos em eventual lesão, pela ação civil pública é possível a aplicação de penalidades, como as dispostas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Nesse sentido, esclarece Fazzio Júnior (2012, p. 430) que, caso se almeje “a aplicação das sanções civis e político-administrativas da Lei nº 8.429/92, o cidadão pode representar ao Ministério Público”, o qual ajuizará a demanda judicial necessária para tanto; por outro lado, caso se almeje apenas “a anulação do ato lesivo ou imoral do oficial público, e o ressarcimento ao erário, tem aberta a via da ação popular”.

5.4. Consequências para o agente interventor

Comprovado o desvio de finalidade do ato interventivo pelo gestor municipal, ou seja, comprovada a irregularidade e ilegalidade na prática de atos pelo prefeito municipal, este poderá ser responsabilizado em três esferas distintas: a penal, a político-administrativa e a cível (COSTA, 2014, p. 956).

Como afirma Costa (2014, p. 956), a responsabilização criminal “resulta do cometimento de crime ou de contravenção, podendo ser crime funcional, especial ou comum.” O autor aduz que os crimes funcionais se classificam em gerais (previstos nos arts. 312 e 327 do Código Penal) e em específicos – os “crimes de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-lei n. 201, de 27.02.1967, ou crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei Federal n. 4.898, de 09.12.1965”.

Merecem maior destaque neste estudo os crimes funcionais específicos de responsabilidade previstos no artigo 1º, incisos I e II, do Decreto-lei nº 201/1967, dado que preveem a apropriação e o desvio de bens ou renda públicas, bem como a utilização desses bens e rendas em proveito próprio ou em desacordo com sua finalidade principal, condutas punidas com reclusão de dois a doze anos.

Observa-se, ademais, que, somada à penalidade de reclusão acima, o chefe do Poder Executivo municipal perderá o cargo e ficará inabilitado para o exercício de qualquer cargo ou função pública pelo prazo de

²⁹ Ver art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

cinco anos, e tais penalidades serão aplicadas sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Paralelamente ao Decreto-lei nº 201/1967 há a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)³⁰, a qual dispõe “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.” A Lei de Improbidade Administrativa, da mesma forma que o Decreto-lei nº 201/1967, apresenta penalidades graves para o agente que cometa qualquer dos atos previstos no artigo 9º, 10 e 11 daquela lei (enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública), como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano (ressarcimento e restituição), perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (de três a dez anos), multa civil, proibição de contratar com a administração pública e dela receber benefícios (de três a dez anos), incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícias e suspensão dos direitos políticos. Tais sanções são aplicáveis ao agente político, independentemente das sanções nas esferas cível e criminal, agravando, ainda mais, a situação do agente infrator.

Percebe-se, pois, que as penalidades aplicáveis ao gestor municipal são indiscutivelmente graves, uma vez que envolvem as esferas criminal, administrativa e cível, e implicam restrições na liberdade pessoal e patrimonial do agente infrator.

6. Conclusão

Neste estudo, ficou claro que a concretização do direito à saúde no Brasil não ocorre exclusivamente mediante a atuação direta do Estado, mas por meio de uma rede integrada entre o público e o privado, compondo o SUS. Nesse sistema, a atuação de entes privados, como as Santas Casas de Misericórdia, mostra-se essencial a fim de efetivar o direito constitucional à saúde.

Todavia, em que pese a atuação privada em parceria com o Poder Público, este, em alguns casos, desviando-se da finalidade última de seus atos – a promoção do interesse público –, passa a intervir na gestão

³⁰ Em relação ao termo *improbidade administrativa*, a despeito das diversas variáveis de conceitos relacionadas às questões éticas de conduta, Neves e Oliveira (2014, p. 34) conceituam-na como “ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.”

e execução dos serviços de saúde prestados pelos entes privados para além daquilo de direito, superando a fiscalização e controle de uso das verbas públicas repassadas a tais entes.

Em razão de tal cenário, muitas vezes a atuação das Santas Casas de Misericórdia encontra barreiras na gestão dos administradores municipais (prefeitos) que sobrepõem interesses privados aos interesses públicos, em patente desvio de finalidade do ato de prestação do serviço de saúde, o que repercute na esfera de responsabilizações administrativas do agente público, bem como encontra grande suporte de medidas processuais a serem adotadas, uma vez que se deve dar em hipóteses excepcionais, restritas e justificáveis ao ponto de suprimir a autonomia e gestão de entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos.

Sobre os autores

Gustavo Assed Ferreira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil; livre docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: gustavo.assed@usp.br

João Otávio Torelli Pinto é graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; revisor da Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Franca, SP, Brasil.
E-mail: jotpinto@gmail.com

Hélio Navarro de Albuquerque Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; sócio diretor de Navarro de Albuquerque Sociedade de Advogados, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: navarro@navarrodealbuquerque.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

MISUSE OF PURPOSE OF ADMINISTRATIVE ACT IN MUNICIPAL INTERVENTION: INTERVENTION IN THE HOLY HOUSES OF MERCY

ABSTRACT: The Unified Health System – SUS often relies on agreements and contracts with the private sector (Ex.: Holy Mercies houses at the municipal level), which can lead to interventions by the Government. This study makes an analysis of legality and legal consequences of such acts of intervention. To accomplish this goal, it was made use of

³¹ Sem revisão do editor.

legal dogmatic analysis in relation to the regulatory and legal framework involving the SUS, especially in the analysis of public subsidies Hospitals, as well as regulatory / legal analysis of municipal intervention in such entities, with its consequent developments for those involved. As a result of this study we observed that the acts of municipal intervention in Hospitals must occur in exceptional situations, under penalty of flagrant misuse of purpose for violating the law applicable to the case, and under penalty of incidence of personal accountabilities to intervenor agent.

KEYWORDS: HOLY HOUSES OF MERCY. MUNICIPAL INTERVENTION. MISUSE OF PURPOSE. RESPONSIBILITY INTERVENOR AGENT.

Como citar este artigo

(ABNT)

FERREIRA, Gustavo Assed; PINTO, João Ótávio Torelli; ALBUQUERQUE NETO, Hélio Navarro de. Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal: intervenção nas santas casas de misericórdia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 199-220, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p199>.

(APA)

Ferreira, G. A., Pinto, J. O. T., & Albuquerque, H. N. de, Neto (2017). Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal: intervenção nas santas casas de misericórdia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 199-220. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p199

Referências

AITH, Fernando. O direito sanitário no Brasil. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010, p. 183-238.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo n. 799136/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça*, 21 ago. 2014.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRESCER o número de municípios no Brasil. *Portal Brasil*, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/crece-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 9, n. 100, jun. 2009.

_____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 441-451.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159-179.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 9, n. 100, jun. 2009.

MEDICI, André. Direito à saúde e o financiamento do SUS. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 243-278.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 59, p. 51-59, maio/jul. 1989.

_____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOURÃO, Licurgo; COUTO, Daniel Uchôa Costa. A fiscalização dos processos licitatórios na administração pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 78, n. 1, p. 39-58, jan./mar. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense; Método, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua Aplicação no Direito Brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119-132.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo n. 2042963-38.2013.8.26.0000. Relator: Luciana Bresciani. *Diário da Justiça eletrônico*, 14 fev. 2014a.

_____. Tribunal de Justiça. Processo n. 2054117-53.2013.8.26.0000. Relator: Fermino Magnani Filho. *Diário da Justiça eletrônico*, 3 out. 2014b.

_____. Tribunal de Justiça. Processo n. 2054117-53.2013.8.26.0000. Relator: Vicente De Abreu Amadei. *Diário da Justiça eletrônico*, 18 abr. 2015.

SENNÁ, Gustavo. Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques (Org.). *Improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 299-325.

VITTA, Heraldo Garcia. Ato administrativo: invalidações: classificação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 257-272, jul./set. 2000.

WEICHERT, Marlon Alberto. Direito à saúde, sistema único de saúde e a integralidade da assistência. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 101-142.