

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A PROMOÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E EFICIÊNCIA

Rodrigo Silva Pires de Sá

Pomotor de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O direito à saúde, tal como colocado no Texto Constitucional de 1988, é um Direito Social (art. 6º da CF/88) devido a todos, indistintamente, pelo Estado (art. 196, da CF/88), mediante prestação direta e, de forma complementar, por pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, o Estado Brasileiro, seguindo a ótica neoliberal, especialmente a partir da década de 90, com o objetivo declarado de obter maior eficiência gerencial e qualidade na prestação dos serviços públicos não privatizados, entre os quais a promoção da saúde, adotou o que se convencionou denominar de “terceirização dos serviços de saúde”, processo caracterizado, na prática, por minimizar os controles típicos aplicáveis à administração pública, resultado do regime jurídico de direito público. Com efeito, logo surgiram questionamentos acerca da constitucionalidade dessa prática, robustecidos pela evidenciada ausência de controle dos resultados alcançados pelas entidades privadas que se propuseram a execução dos serviços de saúde. Da forma como acontece esse processo no Brasil, mediante o mero repasse de hospitais, prédios, móveis, equipamentos, recursos públicos financeiros e humanos, não se mostra exitoso, não alcançando a pretendida eficiência, modernidade e eficácia, mostrando-se, na verdade, ofensivo à Constituição da República e à ordem jurídica.

Palavras-chave: Saúde. Organização Social. Constitucionalidade. Eficiência.

Abstract

The right to health, as argued by the Constitutional Text 1998, is a social law (article 6 of the Constitution, 88) due to all, without distinction, by the State (art.196, the CF / 88) by direct provision and in a complementary way, for legal entities of private law. However, in the neoliberal context, the State, in the 90s, with the stated goal of achieving greater managerial efficiency and quality in the provision of health

services to users, adopted the so-call “outsourcing of health services” process characterized in practice by mainly by minimize typical controls became applicable to the public administration, in fact, there were questions about the legality and even constitutionality of this practice, strengthened by the evident lack of control of the results achieved by non-profit entities affected for execution of health services. How this process happens in Brazil, where there number and improper transfer of hospitals, buildings, movies, equipment, public and human resources, can not reach, at any scale, the desired efficiency, modernity and efficiency, being offensive to the Constitution the Republic and the law applicable to species.

Keywords: Health Issues. Organizacion Social. Constitutionality. Efficiency.

1 Introdução

A análise crítica da postura do Estado brasileiro frente àquilo que se convencionou nominar de “terceirização” revela claramente seu desejo de “privatizar” os serviços públicos de saúde. Para tal ilação, basta observar que a quase totalidade das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que assumem esse papel não dispõem de patrimônio ou estrutura hospitalar e simplesmente assumem a capacidade já instalada do Estado, ofendendo a Constituição Federal de 1988 (arts. 6º, 196, 197 e 199) e a Lei nº 8080/90 (arts. 2º, 4º, 24 a 26) que impõem ao ente federativo o dever de prestar os serviços de saúde diretamente e, somente quando patenteadas a insuficiência das disponibilidades estatais, franqueiam a participação de entidades de direito privado filantrópicas e as sem fins lucrativos, ou seja, para complementar a atividade estatal.

Bem verdade que, tratando-se de serviço público não exclusivo, a promoção da saúde é livre à iniciativa privada, mas nem por isso o modelo de simbiose estabelecido a partir do marco legal do Terceiro Setor (Lei nº 9.637/98) deve excluir o Estado e, portanto, somente deve ser adotado de forma complementar sob pena de afronta à ordem jurídica. Isso, contudo, não é a *praxis* no Brasil.

Parece evidente que as pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas como Organizações Sociais (OS), não podem executar em toda e qualquer circunstância os serviços próprios do Estado, tal como a

promoção da saúde pública. Essa intervenção deve sempre ter natureza subsidiária, atuando, o Poder Público, mediante atividade administrativa de fomento quando a prestação direta do serviço se mostrar insuficiente. Assim, a substituição do Estado na gestão, gerência e execução de serviços públicos de saúde, como vem acontecendo hodiernamente, não encontra guarida na Constituição Federal e/ou na Lei nº 8.080/90, embora repouse em arcabouço legal vigente, qual seja, a Lei nº 9.637/98.

Posto isso, é forçoso reconhecer que a Lei nº 9.637/95 tem por escopo, segundo as normas inseridas em alguns de seus dispositivos (arts. 1º, 5º, 12, 14, 18 a 22), desonerar o Estado do dever que a Carta Magna lhe impôs como protagonista: garantir o Direito Social à Saúde.

2 A Constituição Federal de 1988, o direito ao serviço público de saúde e as organizações sociais.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), instrumento que apregoava a necessidade de o Estado deixar de ser executor exclusivo das políticas públicas como único meio de socializar com a iniciativa privada a responsabilidade de reduzir as mazelas provocadas pelo mercado, foi o marco que desencadeou uma série de alterações normativas no ordenamento jurídico pátrio (p. ex. EC 19/98, EC 21/98, Lei Complementar 101/2000, Lei nº 9.801/99, Lei nº 8.031/90, Lei nº 9.401/97 e Lei nº 9.790/99).

Nesse cenário ideológico e político, eis que foi sancionada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, diploma que, ao tempo que reafirmava as diretrizes do Plano de Reforma do Estado no sentido de que “a garantia da eficiência e a qualidade dos serviços devem ser asseguradas pela descentralização da União para os Estados e destes para os Municípios, através de parceria com a sociedade, por Contratos de Gestão”, dispôs sobre a qualificação de entidades privadas como Organização Social. Segundo a norma, para alcançar aquele ideário, deveria haver a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, por pessoas jurídicas de direito privado credenciadas como Organização Social.

Inexoravelmente, a análise crítica da referida norma revela o seu objetivo: afastar o regime jurídico de direito público do campo da prestação dos serviços de saúde, apontado como “vilão” no atendimento eficaz e de qualidade à população.

Não tardou para que a doutrina administrativista se manifestasse acerca da norma, vista com certa desconfiança. Para PIETRO (2002, p. 418-421), a absorção pela organização social da atividade antes executada por ente estatal, com a utilização do patrimônio público e servidores outrora a serviço desse ente que resulta extinto, tinha legalidade duvidosa, sugerindo, por isso, que o “legislador estabelecesse um mínimo de normas sobre tais entidades, não para igualá-las às entidades da Administração Pública, mas para submetê-las a regime jurídico semelhante ao dos serviços sociais autônomos”.

Já MODESTO (2001), afirmava que a justificativa do Governo, à época, era que esta transferência traria eficiência na prestação dos serviços de saúde, na medida em que proporcionaria maior autonomia gerencial, incremento de responsabilidades para os dirigentes desses serviços, menor custo, em suma, um melhor atendimento ao cidadão. De fato, a nobreza desse objetivo encontrou ressonância em importante doutrina administrativista que defendiam que o repasse da gestão da saúde a entidades do Terceiro Setor atendia ao princípio da universalidade e constituía ótimo mecanismo de auxílio ao Estado. E disso não se duvida.

Contudo, não há como negar que a norma referenciada flexibiliza os controles administrativos, embora veicule mecanismos para garantir o controle finalístico de suas atividades.

Antes de prosseguir, indispensável pontuar a forma de prestação dos serviços públicos, segundo a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, segundo classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo, existem dois grandes grupos de atividades: atividades econômicas e atividades não econômicas. Estas, segundo o autor, seriam os serviços públicos, onde há a alternativa de serem realizados pelo próprio setor público (exclusivos) ou pela iniciativa privada (não exclusivos). Portanto, alguns serviços públicos é o Estado que presta na condição de protagonista, diretamente, ou então sob o regime de concessão, permissão ou autorização; outros, a exemplo da atividade econômica, atua como agente normativo e regulador (CF, art. 174).

À luz desta dicotomia fixada no texto constitucional, conclui-se que existem serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado e aqueles em que o ente estatal permanece como detentor do serviço, mas a prestação se dá pela iniciativa privada, configurando-se prestação não

estatal. Nestas hipóteses, as atividades são privadas, mas ganham o selo da “relevância pública”, a exemplo dos serviços de saúde (CF, art. 197).

Dessa forma, a Carta Magna além de, expressamente, admitir que a iniciativa privada desempenhe atividades de prestação de saúde diretamente, já que o Estado não detém exclusividade, atribui caráter complementar quando a prestação por entidade privada carecer da atividade administrativa de fomento. Portanto, forçoso concluir que qualquer diploma legal que autorize o afastamento do Estado da prestação direta dos serviços públicos que são de sua titularidade é inconstitucional.

Como dito, no campo dos serviços de saúde, o próprio texto constitucional consigna que as instituições privadas poderão participar de forma complementar no sistema único de saúde (CF, art. 199, §1º). Além disso, em reforço à tese de que o Estado não pode ser afastar completamente do papel de executor direto dos serviços de saúde, a Carta Magna prevê aplicação de percentual mínimo das receitas nas ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 198, §2º).

Por isso, como bem colocado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto no julgamento da ADI 1923/DF,

o que faz a Lei nº 9.637/98, em seus artigos 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento que é da sua própria compostura operacional: a prestação dos serviços públicos.

E arremata:

A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.637/98 (dispositivos que falam em ‘absorção’, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de saúde de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

Como se vê, a possibilidade de repasse da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, ainda que em favor de entidades qualificadas como Organizações Sociais, constitui autorização legal, no mínimo, perigosa, capaz de transformar o Estado em agente meramente fomentador, fiscalizador e regulador dos serviços públicos, afrontando objetivamente a Constituição Federal de 1988, já que esse papel somente lhe é franqueado frente as atividades econômicas e ainda ressalvadas certas situações.

Importante destacar que o vício na Lei nº 9.637/98 não reside na previsão de formação de parceria entre o Estado e particulares para prestação de serviços de relevância pública, *v.g.*, a saúde, mas na ausência de mecanismos impeditivos do completo afastamento do ente estatal desse palco, onde exerce, por disposição constitucional, a condição de ator principal. Por isso, a referência, sem qualquer critério limitador, contida nas normas dos artigos 18 a 22 do citado diploma, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, padecia de inconstitucionalidade, pois o legislador ordinário ignorou a natureza complementar dessa atuação.

Sobre a ADI 1923/DF, seu julgamento ocorreu no dia 16 de abril de 2015, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente a procedência do pedido para conferir aos dispositivos questionados interpretação constitucional, seguindo, a maioria, a diretriz do Ministro Luiz Fux que, divergindo do Relator, compreendeu que

a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis, como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – ‘é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos’) e educação (CF, art. 213 – ‘Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades’), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais

E continua:

Cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OSs, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

De fato, a Lei nº 9.637/98 não exige que o Estado se afaste da prestação dos serviços públicos enumerados em seu artigo 1º, ou seja, a norma não impõe uma forma perene de atuação do poder público, caracterizada por realização somente de atividades de fomento em detrimento da intervenção direta. Tal argumentação, com a devida vênia, não se mostra válida já que o reverso também é verdadeiro: a Lei nº 9.637/98 não proíbe que agentes públicos, em um dado momento histórico da sociedade, possam entregar completamente a prestação desses serviços públicos à iniciativa privada.

Por isso, a Lei nº 9.637/98, no mínimo, deveria prever critérios objetivos capazes de, uma vez observados, atestarem que o regime de parceria, naquele momento, mostra-se mais eficiente frente à atuação isolada do Estado enquanto titular da atividade de saúde. Amarras no sentido de que somente quando demonstrada a situação de necessidade, o regime de parceira poderia ser adotado, afinal, a iniciativa privada, não se olvide, será fomentada com dinheiro, pessoal e material públicos.

Assim, o afastamento, mediante controle abstrato, dessa autorização normativa concedida ao gestor público se apresentava como a melhor solução, até porque, fulcrada na retórica da eficiência na prestação dos serviços públicos, apesar da referência contida no artigo 7º da Lei nº 9.637/98, o que se vê é o completo desapego desse ideário no momento da tomada da decisão administrativa.

Enfim, não foi essa a tônica da decisão do Supremo Tribunal Federal que se limitou, em suma, a exigir que a aplicação da Lei nº 9.637/98 se desse à luz dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), de forma que as decisões administrativas fossem conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal.

É preocupante porque a experiência de mais de dezessete anos

mostra que, ao contrário do que alegam os defensores da norma, esse modelo de gestão é mais oneroso ao Estado, aprofunda a precarização dos serviços públicos e abre espaço para a corrupção, com o superfaturamento e desvio de verbas. Os exemplos, vistos especialmente na saúde pública, apontam a piora na assistência ao usuário do serviço público, com uma alta rotatividade dos usuários nos hospitais para ampliar a ‘produtividade’, fragmentação dos serviços, precarização e intensificação do trabalho.

3 As organizações sociais e o princípio de eficiência

Como destacado acima, no campo da “terceirização da saúde”, o que vê é o completo desapego dos agentes públicos às diretrizes constitucionais que norteiam a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) e àquelas que incidem sobre o Direito à Saúde.

Os contratos de gestão e a execução de suas cláusulas passam ao longe dos preceitos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 8.080/90, cuja observância aparece expressamente consignada no texto da Lei nº 9.637/98.

Na prática, é possível apontar vícios comuns aos vários processos de “terceirização da saúde” em curso no País: a ausência de controle no momento da contratação e na execução do contrato, principalmente quanto às metas estabelecidas; a cessão da capacidade instalada em saúde do Estado, quando, por força do artigo 24 da Lei nº 8.080/90, o recurso aos serviços ofertados pela iniciativa privada pressupõe o incremento da capacidade e não simplesmente a entrega daquela existente; o credenciamento e a pactuação ocorrem sem observância de qualquer procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos; os contratos celebrados pela Organização Social com terceiros não seguem critérios objetivos, impessoais e transparentes; a admissão de pessoal pelas OS, sem procedimento objetivo e impessoal, ainda que não exigível o Concurso Público; inexigência de garantias reais ou fidejussórias para a execução dos pactos, para o patrimônio cedido e recursos repassados, dentre outras.

Verdadeiramente, a decisão da Corte Suprema, na ADI 1937/DF, soluciona alguns desses problemas, porquanto, como dito alhures, a decisão administrativa está sob o julgo dos princípios constitucionais da

Administração Pública, devendo agir de maneira objetiva, impessoal e pública.

Entretanto, ainda assim, sobressai a importância da atuação dos órgãos de controle da Administração Pública, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas no sentido de obstar a celebração de contratos de gestão entre os gestores do SUS e organizações sociais, quando tenham por objeto a gestão ou prestação de serviços públicos de saúde sem que se configure a situação de complementariedade e não haja acréscimo da capacidade instalada das unidades hospitalares, sem prejuízo de fiscalizarem a correta aplicação dos recursos públicos administrados por essas instituições, exigindo, para tanto, a prestação de contas perante o ente federativo respectivo, inclusive no aspecto qualitativo, por meio do relatório anual de cumprimento das metas.

Tudo isso para que se faça cumprir o ideário da Lei nº 9.637/98, gestada para desatar as amarras que a administração pública tradicional impunha, porquanto, no cenário do neoliberalismo, não era mais capaz de alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º). Pautada, portanto, sob a égide do conceito de administração pública de resultado e dos princípios da consensualidade e participação dos administrados, marcas indelévels da atividade de fomento que, em última análise, se concretiza no contrato de gestão, a norma referenciada é importante, mas carecia de ajustes que, como se viu, foram timidamente realizados pelo Poder Judiciário.

Não obstante, o dever de fiscalização dessas parcerias ganha novos contornos que o torna ainda mais relevante e indispensável, já que, mais do que nunca, será preciso aferir se o instrumento de formalização da parceria entre Administração Pública e entidade qualificada como Organização Social (contrato de gestão) vai fixar as atribuições, responsabilidades e obrigações entre as partes, contendo, obrigatoriamente, a especificação do programa de trabalho, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, os critérios objetivos de avaliação de desempenho como indicadores de qualidade e produtividade e limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da OS (MAZZA, 2013), de maneira a zelar pela eficiência da parceria que, na maioria das hipóteses, convola-se em mera substituição do Estado na prestação do serviço de saúde.

Até porque a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/90 permitem

que o Poder Público apenas firme essas parcerias em caráter de complementaridade, ou seja, a atividade administrativa de fomento em detrimento da prestação direta dos serviços de relevância pública tem natureza subsidiária.

Hoje, os atores deste processo de “terceirização” não se importam com a melhoria nas ações e serviços de saúde, na medida em que não são raras as notícias de incremento quantitativo de recursos financeiros repassados aos entes privados sem o correspondente aumento na satisfação dos usuários do sistema público de saúde. A capacidade nominal de atendimento dificilmente sobre acréscimo relevante, quando muito, mantém-se igual ao tempo em que o Estado prestava o serviço diretamente.

Tais circunstâncias, objetivamente aferíveis, depõem contra a eficácia dessas parcerias, já que, gestadas com escopo de alcançar a eficiência na prestação de serviços públicos, as Organizações Sociais se mostram meras substitutas do ente federativo que, com isso, se desobriga diretamente – e inconstitucionalmente – do seu mister.

Visando traçar um diagnóstico da saúde no Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) promoveu minucioso levantamento de dados que culminou com a publicação do “Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde 2014”, cujas conclusões foram encaminhadas a diversos órgãos governamentais e a entidades interessadas. A análise compilou especialmente dados de 2013 referentes à Assistência Hospitalar no SUS e fez diagnóstico em 116 hospitais públicos (8,6% do total de leitos na rede pública) em todos os estados da Federação, revelando

problemas graves, complexos e recorrentes, tais como, insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação.

Esse estudo que referencia levantamentos anteriores do próprio TCU que tinham escopo de examinar a atuação dos entes governamentais quanto à supervisão das organizações sociais no gerenciamento dos serviços de saúde (TC nº 018.739/2012-1, Acórdão

TCU nº 3.239/2013 – Plenário) concluiu que, embora passada mais de uma década desde a vigência da Lei nº 9.637/98, a “terceirização da saúde”, onde adotada, não trouxe melhora relevante.

Na prática e na grande maioria dos casos, o que se constata é a inexistência de estudos ou critérios técnicos com a finalidade de demonstrarem ser a transferência do gerenciamento das unidades de saúde a melhor opção, capaz de trazer resultados importantes na prestação dos serviços de saúde. De tal omissão, também decorrem a impossibilidade de aferirem-se os custos necessários para executar a parceria e, principalmente, de fixarem-se metas e seus indicadores, estes com os atributos capazes de garantir uma efetiva avaliação. Os parâmetros comumente usados são aqueles dados históricos da própria unidade de saúde sem preocupação alguma com o melhoramento no fornecimento do serviço.

A falta de segurança jurídica que decorre justamente da fragilidade da Lei nº 9.637/98 permite que, por exemplo, a natureza de fomento da relação entre o poder público e as organizações sociais seja posta de lado na medida em que, em algumas parcerias firmadas, há previsão do recebimento pela entidade privada de “taxa de administração”, deixando clarividente a ocorrência da mera entrega de bens públicos, recursos financeiros e humanos ao “parceiro privado” que, por sua atividade gerencial, recebe uma contrapartida financeira.

Nessa pisada, não custará muito para que se confirme a profecia anunciada por Carlos Ayres Britto por ocasião do julgamento da ADI 1.923/DF. Diz ele que “em curto espaço de tempo, deixaremos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc.”.

Embora a participação da iniciativa privada no SUS ocorra de forma complementar (CF, art. 199, §1º; Lei Federal nº 8.080/90, art. 20 e Portaria MS/GM 1.034/2010, art. 2º), ao reverso de utilizar o contrato de gestão apenas como fomento, segundo fora gestado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a Lei nº 9.637/98 ampliou o conceito inaugural, estabelecendo, como meio de fomento, a destinação de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão de servidores públicos.

Com a finalidade de ilustrar como o modelo de gestão pactuada na saúde vem sendo adotado pelos entes federados, toma-se o exemplo do Estado da Paraíba, onde, desde 2011, o gerenciamento do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena (HETSHL) é realizado

pela Cruz Vermelha do Brasil, entidade sediada no Estado do Rio Grande do Sul.

A auditoria do TCU, efetuada na referida unidade de saúde, verificou várias e recorrentes inconsistências, tais como, (a) inexistência de justificativa de que a transferência do gerenciamento da unidade para OS fosse a opção mais eficiente; (b) ausência de avaliação precisa quanto aos custos dos serviços e ganhos, em eficiência, esperados com a pactuação; (c) inexistência de planilha de custos espelhando a execução da pactuação; (d) não participação das esferas colegiadas do SUS, seja na decisão pelo contrato de gestão, seja na seleção da entidade privada, seja na fiscalização da eficiência; (e) pactuação com organização social sem especificação do programa de trabalho, indicação de metas operacionais e prazos de execução, além de não definição dos indicadores; (f) controle deficitário no monitoramento e avaliação das ações das entidades parceiras. Essas constatações revelam que a parceria, como praticada, não atende ao que fora apregoado na reforma gerencial do estado brasileiro.

Fica nítido que a transferência do gerenciamento das unidades de saúde para iniciativa privada, nos moldes realizados no País, salvo raríssimas exceções, não se mostra capaz de implementar uma gestão voltada para conquista de resultados, em busca da eficiência.

O cenário decorre da falta de preparação/vontade dos entes federativos, por seus gestores, de supervisionarem a execução dos contratos de gestão, controlando e fiscalizando os resultados.

3 Considerações finais

A “terceirização da saúde”, tal como adotada, é manifestamente ilegal e inconstitucional. Não apenas porque realizada em inobservância das diretrizes da Lei nº 8.080/90 e do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, respectivamente, mas porque não atende ao Princípio da Eficiência, já que as parcerias não têm apresentado resultados satisfatórios, sendo incapaz de sanar a problemática do acesso e atendimento digno da população no campo da saúde.

O afastamento do Estado do protagonismo na prestação dos serviços de saúde para atuar por meio de atividade administrativa de fomento, embora configure uma tendência mundial, um caminho sem volta, não se sustenta no contexto brasileiro, especialmente porque os

controles quantitativo e qualitativo nem de longe acontecem como deveriam.

Sem o acompanhamento efetivo das metas e resultados, os serviços de saúde e seus consumidores ficarão à deriva, submetidos aos mais variados e escusos estratagemas, impedindo a completa e real compreensão do problema que explode nos índices de mortalidade de pacientes sem atendimento ou com razão de serviço defeituoso.

O diploma legal sob análise (Lei nº 9.637/98) trouxe a opção da adoção de um regime jurídico privado na execução dos serviços de saúde, todavia, ao fomentar a iniciativa privada a partir do transpasse de receitas orçamentárias, na prática, representou, ante a máxima liberdade de ação prevista, parafraseando o ex-Ministro Carlos Ayres Britto, um “subterfúgio às destinações legais das verbas, definidas em processo legislativo próprio que é a lei orçamentária”.

Sob o pálio do argumento de transferir a execução dos serviços de saúde com fito de quebrar as amarras burocráticas impostas pelo regime administrativista, a Administração Pública não se desincumbe do dever de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. Por isso, o gerenciamento desses serviços por entidades privadas, além da avaliação precisa quanto aos custos, somente deve ser admitido mediante controle social prévio que não se deve resumir à atuação dos Conselhos de Saúde e à adoção, durante a execução das metas assumidas, de mecanismos de transparência capazes de afiançar a atuação eficiente dessas entidades e garantir o alcance dos objetivos fixados na pactuação, a partir de indicadores de qualidade e produtividade.

Com isso, não se quer delegar unicamente à sociedade esse papel, devendo os órgãos de controle (Tribunais de Contas e Ministério Público), dentro de suas atribuições, atuarem energicamente, não apenas para aferir a legalidade dessas parcerias, mas, especialmente, para verificar a eficácia mediante, inclusive, o envolvimento efetivo em todas as fases da pactuação, recorrendo, quando indispensável, ao Poder Judiciário que, de igual modo, deve apresentar-se apto para receber demandas tão específicas que ensejam conhecimento além do campo jurídico.

Referências

BRASIL. (Constituição de 1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2014.

_____. 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. *Diário Oficial de União de 18.5.1998* e retificado no *Diário Oficial de União de 25.5.1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 07 nov. 2014.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União de 20.09.1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3239/2013. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27/11/2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 de dezembro de 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 693/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/03/2014. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN nº 1.923/DF*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Sessão de 31/03/2011. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf>. Acesso em: 07.11.2014.

_____. Presidência da República (F. H. Cardoso) & Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do*

Estado. Secretaria de Comunicação Social, Subsecretaria de Imprensa e Divulgação, Brasília, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações social no Brasil. In: MEGERE, Luis Carlos. *Terceiro setor e reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

ROCHAHG, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

