

Terceiro setor e parcerias na área da saúde

Paulo Modesto, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior
(coordenadores), Belo Horizonte, Fórum, 2011

Resenha por: Ana Carolina Navarrete Munhoz Fernandes da Cunha*

Apresentação

A obra constitui um conjunto interdisciplinar de 16 trabalhos apresentados no // *Seminário Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde*, realizado em São Paulo em 30 e 31 de agosto de 2010. O evento contou com a colaboração de entidades como o Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP), a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), o Banco Santander e o Banco Mundial, as Secretarias de Saúde do Estado e da Prefeitura de São Paulo, além de diversos hospitais de origem filantrópica.

A fim de abordar de forma didática o conteúdo, a análise se divide em quatro grandes blocos temáticos: (I) Judicialização do acesso a políticas de saúde; (II) Modelos de Parcerias Público-Privadas (PPPs) e regime jurídico aplicável; (III) Controle interno e externo das PPPs; (IV) Estudos de caso e pesquisas comparativas.

I. Judicialização do acesso a políticas de saúde

Neste bloco há os trabalhos de *Gilmar Ferreira Mendes*, *Gustavo Amaral* e *Luiz Inácio Lucena Adams*. Esses textos procuram contrapor duas visões da judicialização de políticas de acesso à saúde: a que trabalha com a eficácia imediata do direito à saúde e nesse sentido utiliza um juízo de valor baseado na dignidade humana; e outra, que elabora uma perspectiva econômica do direito sanitário, com enfoque especial nas limitações orçamentárias a que os entes federativos responsáveis pelas políticas de saúde se sujeitam.

(*) Mestranda em Direitos Humanos, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo/SP – Brasil. E-mail: ananavarrete87@gmail.com.

Texto recebido em 22/04/2013.

Gilmar Mendes busca descrever o caminho interpretativo do STF acerca do acesso a medicamentos e políticas de saúde. Assim, constata que a maioria dos casos de intervenção judicial em matéria de políticas de saúde não ocorre por omissão legislativa, mas por falha na sua aplicação, já que tais políticas se encontram delineadas infraconstitucionalmente. E conclui que a determinação judicial para aplicação de uma política consiste em de uma pressão para cumprimento legal pelo Executivo e não uma intervenção ilícita.

Gustavo Amaral problematiza a escassez no âmbito das políticas públicas de acesso à saúde, aduzindo a impossibilidade de o direito à saúde ser tratado como um “direito clássico”. O controle judicial, nesse contexto, por sua individualidade e casuísmo, leva a um benefício do autor da ação em detrimento de inúmeros outros usuários do sistema, prejudicados indiretamente pela alocação de recursos destinada a atender a demanda judicial.

No entanto, nada impede que o Judiciário realize um controle de *escolhas* do administrador, ou seja, acerca da pertinência de determinada política pública. Apenas nessa visão o autor se aproxima um pouco de *Gilmar Mendes* acerca da inexistência de livres padrões de apreciação e discricionariedade por parte do gestor, sendo possível ao Judiciário fazer um juízo acerca da política escolhida.

Por fim, *Luís Adams* ressalta o papel da Advocacia Pública no contexto da judicialização da saúde. Uma questão interessante é levantada sobre a influência da via judicial a forçar no Executivo a elaboração de políticas mais eficientes e a construir uma linguagem comum entre juristas e gestores. Isso não significa que as decisões judiciais não tenham potencial para comprometer as políticas já existentes, razão pela qual são criadas dentro da Advocacia Pública algumas iniciativas para seu controle.

Uma dessas iniciativas é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), órgão destinado à solução administrativa (não judicial) das demandas envolvendo o cidadão e o SUS com poder de recomendar e apresentar propostas pertinentes ao seu aperfeiçoamento.

II. Modelos de Parcerias Público-Privadas (PPPs) e regime jurídico aplicável

Esse bloco se compõe dos textos de *Floriano de Azevedo Marques Neto*, *Paulo Modesto*, *Rodrigo Pagani de Souza*, *André Cezar Medici*, *Cláudio Luiz Lottenberg* em coautoria, e *Fernando Borges Mânica*. Todos analisam o modelo de execução de serviços públicos e/ou de relevância pública por meio de instituições privadas.

Aqui há um aprofundado conteúdo teórico administrativista e de gestão para fundamentar o perfil do Estado regulador, fiscalizador e em progressiva redução de seu tamanho e de suas prestações diretas. Então, escolheram traçar os autores os fundamentos constitucionais subjacentes à execução dos serviços públicos de saúde por particulares, para concluir em quais atividades estatais

a iniciativa privada (lucrativa ou não) poderia atuar, bem como qual o regime jurídico compatível com a realização dessas funções.

Numa análise voltada para a realidade interna dos hospitais, *Floriano Marques* discorre que para um atendimento à saúde adequado pouco importa a natureza das contratações de pessoal ou insumos e o fundamental é que o Estado esteja no comando e determine as políticas de assistência à saúde.

Paulo Modesto analisa as diferenças entre serviço público, serviço de relevância pública e serviço de exploração econômica, buscando quebrar a dicotomia serviço público x atividade econômica. Assim, admite que o prestador não precisa ser o Estado em atividades com titularidade constitucionalmente compartilhada, compatíveis com a iniciativa privada e em que a atuação de pessoas de direito privado independe de delegação estatal. Consequentemente, o regime jurídico a que tal atividade se submeteria seria híbrido, assegurando o cumprimento dos deveres públicos sociais sem, contudo, bloquear iniciativas facilitadoras de um atendimento mais ágil.

No mesmo sentido, *Rodrigo de Souza* e *Fernando Mânica* tratam do modelo jurídico das parcerias com o privado e arrematam com a questão do regime jurídico específico, seja pendendo pela necessidade de licitação para a escolha da entidade parceira, no caso do primeiro, seja pela contratação sem concurso e sem licitação para obras e serviços levada a cabo pela parceira, no segundo.

Para esse bloco, as parcerias são uma realidade que carece de maior regulamentação, sob pena de proporcionar um tratamento protetivo diverso em relação a concessionárias de serviços públicos, ou ainda um perverso clientelismo entre Estado e entidades do terceiro setor. Por esse motivo a necessidade de criação do anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira foi ressaltada, especialmente no trabalho de *Rodrigo de Souza*.

III. Controle interno e externo das PPPs

Com os trabalhos de *Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior* e *Fernando Grella Vieira*, esse bloco discute que a assunção pelo Estado de um papel mais dirigente, transferindo a execução direta de serviços públicos para a iniciativa privada, envolve a elaboração de mecanismos de controle tanto por parte do Executivo quanto pelos Tribunais de Contas e Judiciário. Para além de outros textos que abordaram a questão do controle das atividades das PPPs, os dois que compõem esse bloco têm como foco central a questão do controle não só de resultados, imposto pelo Executivo, mas do orçamentário e do relativo à forma de execução da assistência à saúde.

Para *Luiz Arnaldo*, o melhor controle é o de resultados, realizado tanto entre poder público (Executivo) e parceira quanto por outros órgãos. Para o autor, o

controle se compõe da estruturação das áreas de acompanhamento, da celebração e fiscalização dos termos de colaboração, dos deveres de publicidade e da precupação com o processo seletivo das entidades parceiras.

Fernando Grella aborda o controle externo exercido pelo Ministério Público, mas não faz um juízo acerca da pertinência da execução das atividades de assistência à saúde por particulares. Considera que, dada a enorme ocorrência da terceirização de serviços de saúde, o Ministério Público não poderia se esquivar da atuação fiscalizadora e resolutiva.

Os instrumentos de verificação e/ou correção de irregularidades apontados pelo autor como úteis ao Ministério Público são a recomendação, as audiências públicas e os Conselhos de Saúde. O primeiro lembra o recomendado do conteúdo constitucional violado e materializa, em caso de inércia, sua má-fé; já os dois outros instrumentos possibilitam que o controle seja realizado também pela população usuária, aumentando a legitimidade e o nível de participação popular no controle social.

IV. Estudos de caso e pesquisas comparativas

No último bloco estão os textos de *Januário Montoni*, *Nilson do Rosário Costa*, *Wladimir Taborda* e coautores, *Luiz Ramos Filho* e *Airton Cardozo da Silva Junior*.

Januário Montoni aborda a possibilidade de expansão da rede do SUS através da utilização das PPPs e relaciona o crescimento de investimentos públicos na saúde decorrentes da Emenda Constitucional nº 29,⁽¹⁾ entre 2004 e 2009, à expansão da rede do SUS em 68,8%. Essa expansão se deveu não só ao dinheiro público, mas também à modernização da gestão de novos hospitais.

Nilson Costa explicita os resultados de pesquisa realizada em 2005, com dados do Datasus e da Secretaria de Saúde, comparando a eficiência técnica de 12 unidades hospitalares. Os principais critérios de comparação foram (i) relação entre o número de altas e o número de leitos; (ii) intervalo de substituição; (iii) taxa de ocupação; (iv) tempo médio de permanência na clínica cirúrgica; (v) horas de trabalho (de médicos, enfermeiros e auxiliares de enfermagem) contratadas; (vi) taxa de mortalidade geral.

As conclusões apontam que as gestões por parceiras tendem a manter os usuários menos tempo na internação, com maior ocupação de leitos. A contratação de médicos é sensivelmente menor, enquanto a contratação de enfermeiros é

¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. "Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

ligeiramente maior, denotando a escolha de um perfil determinado de atendimento. A média e o coeficiente de variação para mortalidade não possuem grandes diferenças, sugerindo mesmo nível dos padrões de inclusão e disponibilidade dos serviços existentes nos hospitais geridos pela administração direta.

Wladimir Tabora e seus coautores também apresentam resultados da implementação da gestão por PPPs de 17 hospitais gerais, 22 Ambulatórios Médicos de Especialidades (AMEs), três Centros Estaduais de Análises Clínicas (Ceacs), dois Serviços Estaduais de Diagnóstico por Imagem (Sedis) e um Centro de Atenção e Estudo do Desenvolvimento Infantil (Ceadi), no período entre julho e setembro de 2010. Concluem pela superação de metas planejadas para o período (a metodologia envolvia a comparação entre operações contratadas e realizadas), o que seria explicado pela maior autonomia em selecionar, contratar e demitir pessoal de que gozam as entidades privadas, além de maior liberdade para alocação de recursos orçamentários.

Luiz Maria apresenta o histórico e a dinâmica de funcionamento do Hospital Samaritano e sua relação com o SUS através de projetos e convênios, e resalta a importância da regulação das entidades filantrópicas através da Lei nº 12.101/09.⁽²⁾

Por fim, *Ailton Cardozo* trabalha o caso da Fundação Estatal Saúde da Família (Fesf-SUS), na Bahia que, para superar limitações à implantação do programa Saúde da Família no Estado, definiu alternativas para melhorar o desempenho do programa. Dentre as alternativas figurou a criação da Fesf-SUS. Instituída por 69 municípios, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, a Fesf busca desenvolver ações e serviços de atenção à saúde, enfocando o programa Saúde da Família.

Através dessa fundação foi possível melhor mobilizar recursos para estimular as contratações, criando mecanismos de pagamentos com base em contrato de gestão. A sua criação representa importante questionamento acerca da necessidade de se utilizar somente a gestão de parceiras privadas para contratar mão de obra médica e mesmo para gerir a execução de serviços de saúde.

V. Análise

A questão da utilização das PPPs na consecução de serviços públicos no Brasil não é assunto novo. Ela vem sendo estudada e aplicada por mais de vinte

² BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. "Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12101.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

anos, especialmente a partir do Plano Diretor de Reforma do Estado, iniciado em 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, sob a supervisão de Luiz Carlos Bresser-Pereira.

De lá para cá, esse novo modelo estatal se desenvolveu com feições muito particulares, prestigiando a liberdade econômica, promovendo a desregulamentação e aplicação de regras da livre concorrência, reservando ao Estado apenas as tarefas de incentivo, subsídio e fiscalização da iniciativa privada, buscando a eficiência nos serviços por meio de recursos menos formalistas, menos burocratizados, e afastando a aplicação do regime público.

No caso dos serviços públicos de saúde, a substituição da Administração Direta e Indireta na gestão de hospitais e execução de serviços de saúde é um processo em andamento. A existência de entidades filantrópicas com papel relevante na assistência hospitalar era uma antiga realidade quando a Lei nº 9.637/98,⁽³⁾ que criou as organizações sociais (OSs) e previu a sua atuação mediante contrato de gestão, foi promulgada. Seguindo-a foram criadas ainda as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, através da Lei nº 9.790/99,⁽⁴⁾ e as PPPs, pela Lei nº 11.079/04.⁽⁵⁾

A criação do arcabouço legal subjacente às parcerias entre Estado e terceiro setor significou uma nova etapa para a execução de serviços de saúde, especialmente pela possibilidade de contratar recursos humanos e equipamentos por parte das organizações do terceiro setor, independentemente de concurso público e licitação.

Há que se atentar, no entanto, para algumas questões. Na fundamentação (jurídica ou não) da atuação de entidades do terceiro setor se verifica com frequência a ideia de naturalização da iniciativa privada como algo eficiente por si próprio, devendo privilegiadamente ser aplicada na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado. Essa visão foi exposta por autores como *Cláudio Lottenberg* e seus coautores, que tratam a prestação dos serviços de saúde como uma relação de consumo e a gestão privada como naturalmente competitiva e, portanto, boa e eficiente. Nem sempre, no entanto, a melhor forma de se gerir a prestação de um serviço de relevância pública será através da gestão privada.

³ BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. "Conversão da MPv nº 1.648-7, 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". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

⁴ BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. "Regulamento 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". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. "Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

Outro ponto importante diz respeito à publicidade e transparência na escolha das entidades parceiras e na gestão. A demanda por maior publicidade nas escolhas do poder público aparece nos trabalhos de *Mânica e Pagani* e, em menor grau, em *Montone, Médici e Luiz Arnaldo*. A questão da realização de chamamento público e da obrigatoriedade de licitar a instituição privada consiste não apenas em fatores de controle das escolhas do poder público, mas também em elemento legitimador da própria instituição privada.

Sobre o controle da execução dos serviços de saúde, houve destaque para aquele de resultados e o exercido por órgãos públicos como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Pouco se falou, entretanto, do controle social exercido por Conselhos de Saúde ou pela população usuária, através de audiências públicas, o que denota ainda maior preocupação técnica com a avaliação do desempenho das parcerias e o pouco prestígio para gestores e juristas da opinião de usuários sobre a qualidade do serviço prestado.

Por fim, a questão da relação Executivo-Judiciário na execução de políticas de acesso a medicamentos enseja uma grande e pertinente preocupação: embora a judicialização do acesso a políticas de acesso à saúde por si só de fato seja individual e casuística, alocando pontualmente os recursos para acesso a medicamentos, o questionamento judicial do acesso a medicamentos pode, não raro, precipitar a reformulação de políticas em modelos mais eficientes. Portanto, o Judiciário não deve ser excluído da questão, passando a se voltar mais para as escolhas políticas do gestor público.

Conclusão

A obra resenhada é plural e diversificada, abrangendo pontos de vista acerca de temas atinentes à execução de serviços públicos não exclusivos por meio de parcerias público-privadas. Ela se presta a conferir substrato teórico e casos-paradigma para atuação de gestores públicos, gestores privados e agentes fiscalizadores da aplicação de recursos públicos na execução de serviços de saúde.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.PDF>. Acesso em: 19 out. 2011.

_____. (Org.). *Mudança social e reforma legal. estudos para uma nova legislação do terceiro setor*. Brasília, Conselho da Comunidade Solidária, UNESCO, BID, FBB, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o Impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte, Fórum, 2007.