



Carla Carrubba

O Ministério Público e o modelo de gestão por meio de Organizações Sociais na saúde

Rio de Janeiro

Ano 2016

Carla Carrubba

**O Ministério Público e o modelo de gestão por meio de Organizações Sociais na
saúde**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, Área de concentração: Políticas, Planejamento, Gestão e Práticas de Cuidado em Saúde

Orientador(a): Maria Helena Magalhães Mendonça

Rio de Janeiro

Ano 2016

Catálogo na fonte
Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica
Biblioteca de Saúde Pública

C319m... Carrubba, Carla.

O Ministério Público e o modelo de gestão por meio de
Organizações Sociais na saúde. / Carla Carrubba -- 2016.
158 f. : tab.

Orientador: Maria Helena Magalhães Mendonça
Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde
Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2016.

1. Ministério Público. 2. Sistema Único de Saúde. 3.
Serviços Terceirizados. 4. Organizações Sociais de
Saúde. 5. Gestão em Saúde. I. Título.

CDD - 22.ed. – 362.11

Carla Carrubba

**O Ministério Público e o modelo de gestão por meio de Organizações Sociais na
saúde**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, Área de concentração: Políticas, Planejamento, Gestão e Práticas de Cuidado em Saúde

Aprovada em: 23 de maio de 2016

Banca Examinadora

Prof^a. Dr^a. Cristiani Vieira Machado, ENSP/FIOCRUZ

Prof^o. Dr^o. Felipe Dutra Asensi, IMS/UERJ

Prof^a. Dr^a. Maria Helena Magalhães Mendonça, ENSP/FIOCRUZ

Rio de Janeiro

Ano 2016

Às minhas queridas avós Ana e Paola, meus maiores exemplos de luta, perseverança e coragem.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, ao meu generoso Pai-Mãe Deus, que me inspira, capacita e ilumina, a cada dia, para novas conquistas e vitórias. Por meio dEle e para Ele são todas as minhas realizações.

À Giuseppe e Otilia, meus pais e grandes incentivadores, a quem devo este trabalho. Obrigada por sempre confiarem e apostarem em mim. Obrigada, principalmente, pela ajuda e apoio incondicionais. Minhas palavras nunca serão suficientes para expressar meu amor e gratidão por vocês.

À Ana Paula, minha amada irmã e maior amiga, que, mesmo de longe, sempre teve um apoio presente e eficaz nas minhas angústias.

À Stella, por toda ajuda e paciência nos momentos difíceis que ocorreram durante o mestrado.

À Marcelo, Henri, Manuela e Tiago, meus amores, por serem grande fonte de inspiração e alegria.

À Maria Helena, minha orientadora, agradeço pela paciência, confiança e parceria. Obrigada por sempre me ouvir e apostar que eu seria capaz. Sua delicada e firme orientação sempre será lembrada.

Aos meus colegas de turma, em especial o grupo “*Família*”, por toda ajuda, troca e encontros festivos. Vocês foram um grande presente deste mestrado.

Ao Professor Nilson do Rosário Costa, pelas conversas, lições e dicas que muito me ajudaram nesta jornada.

Aos colegas do Ministério Público do Estado de São Paulo, em especial Reynaldo Mapelli Junior, Denis Fabio Marsola, Beatriz Lopes de Oliveira, Marcio Elias Rosa, Luiz Roberto Faggioni, Marcelo Milani, Arthur Pinto Filho e Silvio Antonio Marques, pela acolhida e generosidade em me disponibilizar tempo, conhecimentos e contatos para a pesquisa.

Ao colega Silvio Ferreira de Carvalho Neto, por me disponibilizar sua experiência e o rico material que produziu no exercício de suas funções no Grupo de Atuação Integrada da Saúde do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Aos professores do Mestrado em Saúde Pública da ENSP/FIOCRUZ, pelas valorosas lições. Estou muito grata pelo acolhimento que recebi nesta casa.

Ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por me proporcionar uma rica experiência profissional e contatos que tanto contribuíram para a pesquisa.

*“ Motivos corretos dão asas ao pensamento
e força e liberdade à palavra e à ação ”*

Mary Baker Eddy

RESUMO

A concepção da saúde como um direito individual e social avançou na mesma conjuntura política da ampliação do papel do Ministério Público brasileiro, em um movimento de mudança de paradigma em relação à proteção social. Sob a ótica de afirmação da ampliação da responsabilidade pública pelos direitos inerentes à cidadania, a pesquisa apresenta um estudo exploratório que demonstra como o Ministério Público vem enfrentando o desafio da fiscalização de arranjos e instrumentos pós-constitucionais na política de saúde, como as relações contratuais que se estabeleceram, de diferentes formas pelo país, entre o Estado e as chamadas Organizações Sociais (OSs). Diante da proliferação dos contratos de gestão e da demora no julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-DF, que questionou a constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais perante o Supremo Tribunal Federal, algumas estratégias não uniformes de ação foram trilhadas pelos diversos órgãos do Ministério Público, como agente político capaz de pautar e modelar decisões. Este estudo busca analisar o que as determina e os seus resultados. O neoinstitucionalismo foi adotado para a abordagem teórico-metodológica, em análise às seguintes dimensões de estudo: a influência da atuação do STF no julgamento da ADIN 1923-DF; a influência da política local e seus atores para implantação do novo modelo de governança na saúde; e a independência funcional dos membros do MP. As estratégias metodológicas foram a revisão bibliográfica e a análise documental de atos normativos, jurisprudência, mídia impressa e eletrônica, peças processuais e roteiros de atuação. Foi, ainda, realizado um estudo da atuação do Ministério Público de São Paulo, que incluiu entrevistas com atores-chave, diante do pioneirismo deste estado, no Brasil, em contratar OSs para gerir unidades de saúde. A pesquisa demonstrou que a validação do novo modelo de gestão pelos tribunais se pautou em um julgamento político, sem que se tenha identificado bases empíricas para sua legitimação. A cultura técnico-burocrática dos membros do MP pautou o enfrentamento desta inovação administrativa pelos seus membros. Todavia, a forma desarticulada de contratação pelo território nacional favoreceu a falta de uniformidade de atuação da Instituição, influenciada, ainda, pelo subjetivismo e pelas diferentes posições político-ideológicas que são justificadas sob o pálio da prerrogativa de independência funcional dos membros do MP. Apesar da retórica em prol da eficiência, transparência, economicidade e participação popular usada pelos Poderes para implementar o modelo de gestão por OS na saúde, a fiscalização feita pelo MP tem revelado ausência de participação e controle social, deficiências graves na assistência à saúde, baixo controle público, corrupção e vultuosos desvios de recursos públicos. O MP, atualmente, dedica-se em aprimorar a fiscalização dos contratos de gestão.

Palavras-chave: Ministério Público, Saúde Pública, Sistema Único de Saúde, Terceirização, Organizações Sociais.

ABSTRACT

The conception of health as an individual and social right advanced in the same political context of the expanding of the Brazilian Prosecution Service's role, in a movement of paradigm shift in relation to social protection. From the perspective of affirming the expansion of public responsibility for the rights inherent in citizenship, the research presents an exploratory study that shows how the Prosecution Service is facing the challenge of monitoring arrangements and post constitutional instruments in health policy, such as the contractual relations established in different ways across the country, between the State and the so-called Social Organizations (SOs). Given the proliferation of management contracts and the delay in the final judgment of the Direct Unconstitutional Act n. 1923-DF, which challenged the constitutionality of the Social Organizations Law before the Supreme Court, some non-uniform action strategies were followed by the various organs of the Prosecution Service as a political agent capable of guiding and shaping decisions. This study seeks to analyze what determines them as well as their results. The neo-institutionalism was adopted for the theoretical and methodological approach, in analyzing the study of the following dimensions: the influence of the Supreme Court's role in the judgment of ADIN 1923-DF; the influence of local politics and its agents to implement the new governance model in health; and the functional independence of prosecutors. The methodological strategies were the bibliography review and documentary analysis of normative acts, jurisprudence, print and electronic media, pleadings and action scripts. A study of the performance of the State Prosecution Service in São Paulo, has also been done, including interviews with key agents, given the pioneering of this Brazilian state in hiring SOs to manage health facilities. This research has shown that validation of the new management model by the courts was based on a political judgment, without having identified empirical basis for its legitimacy. The technical-bureaucratic culture of prosecutors guided the confrontation of this administrative innovation by its members. However, the inarticulate way of hiring throughout the country favored the lack of uniformity in the institution's activities, also influenced by the subjectivism and the different political and ideological points of view that are justified under the scope of the functional independence prerogative of prosecutors. Despite the rhetoric for the sake of efficiency, transparency, economy and public participation used by the executive power to implement the model of management by SO in health, inspection made by Prosecution Service has revealed lack of participation and social control, which are serious deficiencies in health care, insufficient public control; corruption and massive embezzlement of public funds. Today, the Prosecution Service is dedicated to improving the monitoring of management contracts.

Keywords: Public Prosecution, Public Health, Unified Health System, Outsourcing, Social Organizations.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Arcabouço legal, mudanças institucionais, e atribuições do Ministério Público no Brasil	27
Quadro 2 – Perfil dos entrevistados (estudo de caso)	59

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP: Ação Civil Pública

ADIN: Ação Direta de Inconstitucionalidade

AMA: Assistência Médica Ambulatorial

AMES: Ambulatórios Médicos Especializados

AMPASA: Associação do Ministério Público de Defesa da Saúde

APS: Associação das Pioneiras Sociais

CAO: Centro de Apoio Operacional

CEBES: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CISSET: Secretaria de Controle Interno

CF: Constituição Federal

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

COPEDES: Comissão Permanente em Defesa da Saúde

CNMP: Conselho Nacional do Ministério Público

CNPG: Conselho Nacional dos Procuradores Gerais

DEM: Democratas (partido político)

ES: Espírito Santo

GAESP: Grupo de Atuação Especial de Saúde Pública

GAIS: Grupo de Atuação Integrada a Saúde

GATE: Grupo de Apoio Técnico Especializado

GNDH: Grupo Nacional de Direitos Humanos

GPGJ: Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IC: Inquérito Civil

LC: Lei Complementar

LCE: Lei Complementar Estadual

LRF: Lei de Responsabilidade Fiscal

MARE: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MP: Ministério Público

MPE: Ministério Público Estadual

MPES: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

MPF: Ministério Público Federal

MPRJ: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
MPSP: Ministério Público do Estado de São Paulo
MPMG: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
MPRN: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte
MPT: Ministério Público do Trabalho
MPU: Ministério Público da União
MS: Ministério da Saúde
OS: Organização Social
OSCIP: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
ONG: Organização Não-Governamental
PDRAE : Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PDT: Partido Democrático Trabalhista
PGJ: Procurador-Geral de Justiça
PGR: Procurador-Geral da República
PJTC: Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva
PSDB: Partido da Social Democracia Brasileira
PT: Partido dos Trabalhadores
RSB: Reforma Sanitária Brasileira
SES-SP: Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo
SIAFI: Sistema Integrado de Administração Financeira
STF: Supremo Tribunal Federal
SPDM: Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina
SUS: Sistema Único de Saúde
TAC: Termo de Ajustamento de Conduta
TCE: Tribunal de Contas do Estado
TCE-SP: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo
TCU: Tribunal de Contas da União
TGE: Termo de Compromisso de Gestão
TJ: Tribunal de Justiça
TJES: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJMA: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TJRJ: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRN: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO.....	13
2. INTRODUÇÃO.....	14
3. CONTEXTO POLÍTICO E NORMATIVO DA DEFINIÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DA SUA GARANTIA.....	21
3.1. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
3.2. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	24
4. A REFORMA ADMINISTRATIVA DOS ANOS 90.....	30
5. REFERENCIAIS DE ANÁLISE E PROPOSTA METODOLÓGICA DO ESTUDO.....	51
5.1. ABORDAGEM TEÓRICA: NEOINSTITUCIONALISMO.....	52
5.2. ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS.....	56
6. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1923-DF.....	61
6.1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1923-DF.....	61
6.2. O JULGAMENTO NO STF.....	66
6.3. A INFLUÊNCIA SOBRE OS DEMAIS AGENTES DE CONTROLE PÚBLICO.....	78
7. A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA LOCAL NA ATUAÇÃO DO MP.....	86
8. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	106
9. A ATUAÇÃO DO MP DIANTE DO MODELO DE GESTÃO POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE.....	116
10. CONCLUSÃO.....	135
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	144
12. APÊNDICE – ROTEIROS ENTREVISTAS.....	151
13. ANEXO - TERMO DE CONSENTIMENTO DOS ENTREVISTADOS....	156

1. APRESENTAÇÃO

A pesquisadora é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), aonde nos últimos dez anos de sua carreira vem atuando em órgãos de defesa de interesses difusos e coletivos, dentre eles a saúde. Atualmente, é titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Região Metropolitana I, com atribuição para atuar em seis dos treze municípios da Baixada Fluminense. Entre os anos de 2010 e 2013, coordenou a área da saúde do 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do MPRJ e participou, diretamente, da criação de uma estrutura administrativa especializada em saúde pública nesta Instituição - o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Tutela Coletiva de Defesa da Saúde, que coordenou até setembro de 2013 (Resolução GPGJ n. 1804/13). Em todo este período (2010-2013), esteve à frente do Grupo de Apoio Técnico do Ministério Público (na área de saúde) – GATE Saúde (Resoluções GPGJ n. 974/01 e 1695/11), que reúne um corpo de profissionais da saúde que atuam como técnicos periciais, incumbidos do assessoramento dos membros do MPRJ na área da saúde.

Esta trajetória conferiu à pesquisadora experiências que acredita lhe propiciaram uma percepção clara de temas da saúde pública candentes para o Ministério Público, pois, além do exercício da atividade-fim, promoveu o assessoramento de diversas promotorias de justiça e da Chefia Institucional, desenvolveu projetos institucionais de âmbito estadual e nacional (em conjunto com MPU e demais MPEs), além de participar da interlocução com o controle social do SUS, a academia e o Poder Judiciário.

Finalmente, sua inserção institucional no MPRJ lhe deu uma motivação especial para aprofundar a compreensão do seu objeto de estudo – quais sejam o papel do Estado na condução da saúde pública e as contradições e especificidades das reformas políticas que o vem alterando – o que se soma ao desejo de se apropriar deste debate, com uma abordagem científica à altura do papel que desempenha como agente capaz de influenciar as políticas públicas na contemporaneidade.

2. INTRODUÇÃO

A partir da década de 80, com a ampliação das funções do Ministério Público brasileiro para a tutela de direitos sociais e com a criação de instrumentos para a defesa de interesses difusos e coletivos, a atuação desta instituição ganhou novos contornos focados no acompanhamento e fiscalização de políticas públicas.

Originalmente vocacionado para ser fiscal da lei e autor da ação penal pública, o Ministério Público viveu mudanças normativas relacionadas ao seu papel, ocorridas principalmente no contexto de redemocratização do país, pós-ditadura militar. Tais mudanças podem contribuir, fortemente, para o adensamento ou o fortalecimento do sistema de proteção social no país, na medida em que ampliam o rol de legitimados para a tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público ganhou a condição de fiscal e guardião dos interesses da sociedade (ARANTES, 2009).

No mesmo contexto da redemocratização, e ainda em fortalecimento da proteção social, a Constituição Federal de 1988 incorporou o conceito de seguridade social, selando, formalmente, o compromisso de responsabilização coletiva pela promoção da cidadania e pela proteção e assistência aos indivíduos, diante dos riscos e necessidades da vida, como doença, velhice, invalidez, desemprego e exclusão (VIANA *et al*, 2005).

Deste compromisso, emergiu o direito à saúde, como elemento da cidadania, e o dever do Estado em garanti-lo através de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, de acesso universal, bem como através da execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, conforme prevê o artigo 196 CF/88 (BRASIL, 1988):

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.

A universalidade do direito preconizada pela nova ordem constitucional superou a prática do seguro social na saúde - que vinculava o direito à capacidade contributiva - pela noção de seguridade social pautada no conceito de solidariedade e articulada através de políticas sociais (VIANA *et al*, 2005).

Como referido, esta mudança de paradigma em relação a proteção social avançou na mesma conjuntura política da ampliação das funções do Ministério Público, cuja viabilidade de concretização pressupôs a autonomia e independência desta instituição em relação aos três Poderes da República.

Sob a ótica de afirmação da ampliação da responsabilidade pública, em prol do sistema de proteção social brasileiro, a pesquisa apresenta um estudo exploratório que demonstra como o Ministério Público, uma das instituições eleitas para a tutela de direitos sociais, a fiscalização da ordem jurídica e a proteção do patrimônio público vem enfrentando o desafio da fiscalização de arranjos e instrumentos pós-constitucionais na política de saúde, como as relações contratuais que se estabeleceram de diferentes formas pelo país entre o Estado e as chamadas Organizações Sociais (OSs).

De acordo com os dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os percentuais de municípios das Regiões Sudeste e Sul que possuem estabelecimentos sob gestão municipal e que são administrados por terceiros eram, em 2014, respectivamente, 18,6% e 12,9%.

No que se refere ao total, no Brasil, de estabelecimentos sob responsabilidade municipal, administrados por terceiros (2.316 estabelecimentos), cerca de 43% eram administrados por organizações sociais (OS). Na Região Sudeste, as organizações sociais eram responsáveis por cerca de 67,0% destes estabelecimentos.

Ao relacionar o porte populacional e a entidade responsável pela administração dos estabelecimentos sob gestão municipal, o IBGE aponta que o peso das organizações sociais no total de estabelecimentos administrados por terceiros é diretamente proporcional ao tamanho da população: em 41,0% dos municípios com

mais de 500.000 habitantes, cerca de 88,0% dos estabelecimentos eram administrados por organizações sociais. (BRASIL, IBGE, 2016).

Até 2014, aponta o IBGE que no Estado do Rio de Janeiro já havia 46 unidades de saúde da gestão estadual administradas por OS. No estado de SP, 90 unidades. No Espírito Santo, apenas 2 unidades.

Os números acima já apontam a importância do modelo de gestão por Organizações Sociais na saúde, no contexto atual do Sistema Único de Saúde, bem como a relevância de melhor compreensão acerca da atuação do Ministério Público.

Não se insere entre os objetivos do estudo a análise acerca da constitucionalidade, conveniência e eficiência do modelo de governança por meio de OSs, sendo seu objetivo precípuo analisar, de forma científica, a atuação do Ministério Público na fiscalização deste modelo.

Designa-se neste estudo como *modelo de gestão por meio de OSs na saúde*, a terceirização da gerência de unidades de saúde da rede pública para entidades privadas, especificamente as Organizações Sociais, através dos contratos de gestão (PAHIM, 2009).

Diante da proliferação nacional dos contratos de gestão com as OSs e da demora no julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-DF, que questionou a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 no Supremo Tribunal Federal, algumas estratégias não uniformes de ação foram trilhadas pelos diversos órgãos do Ministério Público brasileiro, como agente político capaz de pautar e modelar decisões, sem que, entretanto, se tenha analisado o que as determina e os seus resultados.

Na medida em que a formulação da política e sua gestão são condicionadas pelo contexto em que ela se insere (VIANA, 1996), necessita-se contextualizar o tema. Para tal, foram, inicialmente, desenvolvidos capítulos com uma abordagem do tema segundo os procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica e análise ou levantamento documental relativo a: 1) a saúde na Constituição Federal de 1988 e o

papel e as características do Ministério Público na ordem constitucional; 2) a reforma administrativa do Estado, implementada a partir dos anos 90, com a introdução do modelo de governança por meio de Organizações Sociais (OS) na saúde; 3) o questionamento da constitucionalidade do novo modelo perante o Supremo Tribunal Federal e a demora de uma resposta definitiva desta Corte.

A relevância e inovação deste estudo estão em buscar detalhar as diferentes vertentes de atuação do Ministério Público diante do modelo de governança por meio de OSs na saúde, e os fatores que as determinaram e delinearão. Assim, será analisada a influência que a demora do pronunciamento definitivo do STF provocou na forma atuar do MP, bem como a influência exercida pela política local encetada pelos demais atores que pautaram o novo modelo. A independência funcional dos membros do MP e a feição burocrática da instituição são usadas, também, para a análise dos rumos seguidos pela instituição no tema de estudo.

Serão, ainda, elencados os principais argumentos que fundamentam as demandas, em âmbito nacional, seja para impugnação deste modelo, seja para a fiscalização e controle dos processos de contratação, em todas as suas etapas.

A pesquisa envolve além da análise de peças processuais e outros documentos institucionais produzidos em diversos estados e um estudo de caso acerca atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP. O estudo seguiu critérios de eleição definidos de modo a analisar a experiência do Ministério Público no âmbito estadual.

Conforme será exposto adiante, a pesquisa revela a falta de uniformidade de atuação no Ministério Público para o enfrentamento ou fiscalização deste modelo de gestão, provocada, especialmente:

- a) pela forma difusa e desarticulada dos processos de contratação no país;
- b) pelo avanço da trajetória política em determinados estados e municípios;
- c) pela novidade do modelo de gestão e a falta de conhecimento do tema por

parte de membros do MP, em especial quando dos primeiros contratos de gestão na saúde;

d) pelos diferentes entendimentos jurídicos e convicções político-ideológicas dos membros do MP, que possuem independência funcional para atuar;

e) pela demora de uma decisão definitiva do STF.

O primeiro capítulo (tópico 3 do sumário) foi desenvolvido para contextualizar, dentro do propósito de ampliação da proteção social no Brasil, a positivação do direito à saúde como um bem inerente à cidadania, de caráter universal, ao qual se contrapõe um dever do Estado em garanti-lo, bem como o papel do Ministério Público, que emerge na Constituição da República de 1988 como uma peça importante para a “engrenagem” do sistema de garantias de interesses e direitos fundamentais. Em outras palavras, a Instituição se reveste de novo papel para o adensamento do sistema de proteção social brasileiro, no contexto da redemocratização.

No segundo capítulo (tópico 4 do sumário) foi explorado, sinteticamente, o debate que circundou a Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, durante a década de 90, e que lançou as bases para a implantação do modelo de governança através de Organizações Sociais na saúde. Não há qualquer pretensão de esgotamento do tema. Procurou-se apenas explorar, resumidamente, os principais argumentos que integram o debate, tendo em vista que o objetivo do trabalho é entender os fatores que influenciam as estratégias de atuação do Ministério Público. É certo que há muitas questões fundamentais para a compreensão da implantação do novo modelo, mas não serão aprofundadas, em razão dos limites deste estudo.

O terceiro capítulo (tópico 5 do sumário) explicita os objetivos, a metodologia e as fontes da pesquisa, bem como o referencial teórico para a análise dos resultados obtidos. O neoinstitucionalismo, nas vertentes dos institucionalismos histórico e sociológico, serviram de base para a discussão acerca dos fatores que pautaram a atuação do Ministério Público diante do modelo de governança por Organizações Sociais na política de saúde.

Explicita, ainda, as razões para a eleição do estudo de caso selecionado a partir da experiência do Ministério Público de São Paulo, e identifica as estratégias usadas para captar diferentes vertentes traçadas em outros estados.

A partir do quarto capítulo (tópico 6 do sumário), passam a ser analisados os fatores que a pesquisa revela como modeladores da atuação do MP. Em primeiro lugar, expõe-se a trajetória do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1923-DF pelo Supremo Tribunal Federal, analisando-se os seus efeitos sobre a implantação e consolidação das Organizações Sociais no Brasil, bem como sobre os rumos seguidos pelo MP nesta seara.

No quinto capítulo (tópico 7 do sumário), é analisada a influência da política local, revelando-se de que forma a interação da Instituição e de seus membros com os demais atores ou agentes, dentro do sistema político, pôde pautar as estratégias adotadas para lidar com o novo modelo de governança. Esta análise se baseia, especialmente, na trajetória da política implantada no Estado de São Paulo, pioneiro na introdução das Organizações Sociais na saúde, e pela percepção dos membros do Ministério Público neste estado, a partir da interação com os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e com usuários do serviço.

O sexto capítulo (tópico 8 do sumário) revela, a partir dos dados obtidos nas entrevistas e nos documentos institucionais analisados, de que forma a independência funcional pôde viabilizar e justificar diferentes entendimentos, estratégias e rumos encampados pelos membros do MP. Em nome desta independência, identifica-se a influência dos valores, das ideologias, das preferências políticas e da cultura burocrática na falta de uniformidade institucional.

Finalmente, no sétimo capítulo (tópico 9 do sumário) são explicitados os resultados da pesquisa relativos às estratégias promovidas pelo MP, em diferentes estados do país, e de que forma elas contradizem as razões e finalidades que justificaram a introdução do modelo de governança por Organizações Sociais, no contexto da reforma administrativa do Estado.

Em conclusões (tópico 10 do sumário), são retomadas, sintetizadas e correlacionadas as principais questões da análise feita ao longo do estudo.

3. CONTEXTO POLÍTICO E NORMATIVO DA DEFINIÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DA SUA GARANTIA

3.1 - A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O advento da Constituição da República, em 1988, concebeu a seguridade social como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (art. 194).

Conforme o ideário de justiça social e equidade vigente à época, a saúde foi consagrada como um direito social e universal (art. 196), fazendo parte da mudança do padrão de proteção social brasileiro em direção ao modelo institucional-redistributivo, cuja possibilidade de concretização exigiu, e ainda exige a ampliação da responsabilidade do Estado e das funções que dela decorrem, quais sejam a regulação, produção e operação de políticas sociais (DRAIBE, 1990).

Para Viana, Elias e Ibañes (2005, p.09),

A redefinição das relações sociais em funções do princípio da solidariedade não foi possível sem a reafirmação da autoridade do Estado e a extensão de suas atribuições. A lógica da solidariedade importa em colocar ao lado do direito civil um direito novo, o direito social, cabendo ao Estado novas funções, tendo em vista que não se trata mais de proteger e fazer coexistir as liberdades individuais, mas de pensar e regular as relações sociais.

Para a concreção deste ideário, a CRFB/88 encampou os princípios do Estado de Bem-Estar, correspondente à dimensão social do tipo de Estado vigente após a Segunda Guerra Mundial, cujo papel era a produção de políticas públicas na área social (ABRUCIO, 1998). Nesta perspectiva, atribuiu à União, estados e municípios o papel de financiadores, reguladores, controladores e principais executores das ações e serviços que integram o Sistema Único de Saúde - SUS (BRASIL, 1998, arts. 197 e

199, parágrafo 10).

No capítulo referente à saúde, o texto constitucional aproximou-se bastante das proposições do movimento da Reforma Sanitária Brasileira (RSB), responsável por delinear o SUS, com propostas de reformulação profunda do setor saúde, a partir da natureza pública das ações e serviços; do conceito de saúde relacionado com todos os seus determinantes (trabalho, salário, alimentação, habitação, transporte, meio ambiente, entre outros), e entendido como um direito universal e igualitário, devendo ser garantido pelo Estado através de ações de promoção, proteção e recuperação (PAIM, 2008).

Dentre as grandes conquistas do movimento sanitário, está a incorporação da saúde no texto constitucional como um direito social inerente a cidadania (Paim, 2008), o que marca uma mudança de paradigma em relação ao sistema anterior, no qual a saúde era garantida não como um direito de todos, mas como um direito ligado às contribuições decorrentes das relações formais de trabalho. Aqueles que não se enquadravam nesta situação não contavam com uma base normativa explícita apta a impor uma prestação estatal, no caso de falta de assistência. Ao mesmo tempo, a ausência desta base normativa era um obstáculo à cobrança da assistência por parte de instituições independentes, como o Ministério Público e o Poder Judiciário. A afirmação constitucional da saúde como um direito de todos inerente à condição de cidadão, teve este condão.

Por outro lado, conforme observam Costa, Bahia & Sheffer (2013), durante o processo constituinte,

a plataforma conservadora dos grupos empresariais privados foi confrontada com a agenda reformista do movimento sanitário. Prevaleceu a concepção da relevância pública da saúde, mas o rótulo do “privado complementar” passou a abrigar segmentos empresariais de distintas naturezas e competências.

A expressão – “participação complementar” – foi inserida no artigo 199, p. 1⁰ da CF/88 para permitir a participação da iniciativa privada no SUS, em caráter

complementar. Embora esclarecida na Lei n. 8080/90, esta expressão parece manter, na prática, contornos imprecisos e de difícil aplicação, gerando repercussões, na efetivação da *ratio* normativa, para a implantação e expansão do SUS.

Desde a vitória do movimento sanitário, em 1988, inúmeros desafios têm sido enfrentados para a garantia da cobertura e do acesso aos serviços de saúde, de maneira universal e igualitária, como forma de superação das desigualdades e promoção da cidadania (NORONHA, LIMA, & MACHADO, 2012).

Em relação aos desafios conjunturais, aponta-se que, após a consagração constitucional do SUS, os contextos políticos nacional e internacional não se mostraram favoráveis a sua implantação, de modo que, antes que se implementasse efetivamente a agenda de reforma social trazida pela CF/88, já se desenhavam outras agendas de reformas conduzidas por políticas de ajuste estrutural (DRAIBE, 1995, *apud* MENICUCCI, 2007).

Paim (2008) coloca que desde o início do *processo* de implementação do *projeto* da Reforma Sanitária, a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), já “*se questionava se o paradigma adotado seria capaz de dar conta da complexidade e da abrangência do projeto*”. Segundo o autor, a implementação da Reforma Sanitária impunha “*lidar com a crise fiscal do Estado e com um conjunto de dispositivos jurídicos e administrativos que compunham a sua ossatura, e com uma cultura política assentada no clientelismo, fisiologismo e patrimonialismo*” (2008, p. 176).

Para reforçar os desafios e dificuldades, o autor ainda destaca que as forças e partidos que apoiavam o projeto da RSB perderam as eleições de 1989, cabendo aos partidos que se opuseram a este projeto participar da implementação do SUS no período pós-88.

Com tantos desafios, o SUS foi regulamentado, em 1990, por dois de seus principais instrumentos normativos: a Lei n. 8080/90 – Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – e a Lei n. 8142/90, que disciplina a participação social no SUS e as transferências intergovernamentais. Ambas incorporaram os princípios de justiça social do Estado de Bem-Estar trazidos pela CF/88, embora já em conflito com a

agenda liberal que se formava na época, sobre a qual se discorrerá no tópico 4 que se segue.

3.2 – O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público foi uma das instituições eleitas pela Constituição Federal de 1988 como fiscal e guardião dos interesses da sociedade, estando alguns de seus setores dedicados, segundo Arantes (1999), à luta pela construção da cidadania.

Entre suas funções institucionais, está a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, CF/88 e artigo 1º, caput, da Lei nº 8625/93), e a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, CF/88).

Além disso, compete ao Ministério Público Brasileiro zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, II, CF/88).

Qualquer conduta que viole o ordenamento jurídico e coloque em risco um interesse social, como p. ex. a saúde, provocará a atuação do Ministério Público, em busca da defesa do interesse tutelado, da supressão do risco ou da recomposição do dano, ainda que sua atuação importe em demandas contra o Estado ou em medidas aptas ao controle de atividades estatais.

Em atenção às normas supracitadas, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou o entendimento em prol da legitimidade do Ministério Público para a “defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização” (STJ, Resp. n. 131.680/MA, 1998, *apud* GARCIA, 2004).

Originalmente, a instituição guardava sua tradição na persecução penal, como titular da Ação Penal Pública. Com a ampliação de suas funções para a tutela de direitos difusos e coletivos, sua atuação ganha inegável dimensão política, já que tais

direitos são objeto de políticas públicas e, portanto, dependem da atividade política e administrativa do Estado para sua concretização (ARANTES, 2009).

Neste sentido, Arantes (2009) destaca que:

O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial. (...) O ordenamento jurídico liberal clássico não desconhecia tais interesses e os conflitos em torno da sua aplicação prática. Ele apenas os reservava à esfera político-representativa. Constitucioná-los também não significa necessariamente garantir sua efetividade. Constituições podem pairar solenes sobre a realidade sem que o processo político seja capaz de trazê-las à terra. (...) Enquanto a sua execução dependia em geral da vontade do governante, mediante incentivos e constrangimentos próprios do processo político, agora essa execução pode ser cobrada do poder público por um órgão do próprio Estado numa instância não política de resolução de conflitos: a instância judicial.

A expressão “*instância judicial*” trazida pelo autor, é usada neste trabalho em sentido amplo, para caracterizar o manejo dos conflitos descritos no âmbito do sistema de justiça, no qual se insere o Ministério Público, e não, em sentido estrito, limitado à esfera jurisdicional (Poder Judiciário).

Sobre a atuação do MP, após a Constituição de 1988, Fonseca (2014, p.30) destaca, *in verbis*, que:

“a independência institucional e a competência para atuar em diversas áreas da sociedade e, em especial, na defesa dos

direitos fundamentais, faz com que o Ministério Público seja considerado por alguns autores ator político relevante, dotado de recursos de poder e instrumentos para atuar na vida pública e impor suas decisões.”

A autora identifica como principais recursos de poder do MP: a ação penal (monopólio da instituição), a ação civil pública (principal autor a utilizá-la), o inquérito civil (exclusivo da instituição), os termos de ajustamento de conduta e o poder de agenda, ou seja, a livre definição do que fazer, como e quando fazer e ao que dar prioridade, além de ser o principal agente provocador do Judiciário.

Para cumprir esta missão constitucional, ao Ministério Público foram conferidas independência e autonomia administrativa e financeira em relação aos três Poderes da República, conforme se observa do Capítulo IV (*“Das Funções Essenciais à Justiça”*), que compõe o Título IV (*“Da Organização dos Poderes”*) da CF/88. Não se trata, portanto, de instituição vinculada a qualquer dos três poderes da República. É uma instituição independente para a qual foi conferida atribuições, diretamente, pela Constituição Federal. Aos seus membros, foi conferida independência funcional e garantias idênticas às conferidas aos magistrados.

Trata-se, portanto, de Instituição que não se subordina, hierárquica e funcionalmente, a qualquer outra instituição ou Poder, estando sujeita apenas aos controles constitucionais de um Poder sobre o outro. Guarda autonomia para definir seu orçamento, de acordo com as condições necessárias ao desempenho de suas competências, e competência exclusiva para a iniciativa das leis relativas à sua organização e disciplina (ASENSI e PINHEIRO, 2013). Suas funções emergem diretamente da Constituição, sendo desempenhadas pelos seus membros, que a *“presentam”* em sua integridade, como consequência do princípio da indivisibilidade que a informa (GARCIA, 2004).

Fonseca (2014) traz o seguinte quadro que sistematiza os principais marcos da trajetória institucional-legal do MP, com destaque para os aspectos relacionados à organização da instituição e a tutela dos direitos coletivos, ressaltando que a Constituição de 1988 assegurou ao Ministério Público algumas conquistas de

períodos anteriores e ampliou as suas atribuições, garantindo as condições normativas para sua atuação.

Quadro 1: Arcabouço legal, mudanças institucionais, e atribuições do Ministério Público no Brasil.

Ano	Instrumento Legal/Normativo	Mudanças institucionais/ Atribuições do MP
1609	Ordenações Filipinas	Criação do Tribunal de Relação da Bahia. Promotor de Justiça com a atribuição de fiscalizar o cumprimento da lei e promover a acusação penal.
1824	1ª Constituição do Império	Procuradores da Coroa. Promover a acusação criminal
1832	Código de Processo Criminal do Império	MP como órgão da sociedade, titular da ação penal; Promotores nomeados pelo chefe do Executivo, com atribuição para denunciar crimes políticos, policiais e as negligências e prevaricações dos empregados da administração da justiça.
1871	Lei nº 2040 de 28/09/1871 Lei do Ventre Livre	Função de protetor dos fracos e indefesos (posteriormente definidos como “hipossuficientes”)
1890	Decreto nº 840 de 11/10/1890 Regulamentava a Justiça Federal e dispôs sobre a estrutura do MPF	Ministério Público tratado como instituição. Indicação do Procurador Geral pelo Presidente; fiscal da lei e promotor da ação pública contra a violação do direito; assistente dos sentenciados, alienados, asilados e mendigos.
1891	1ª Constituição da República	Presidencialismo; tripartição dos poderes. Não havia menção explícita ao Ministério Público.
1916	Código Civil	Atribuições presentes na atualidade: curadoria de fundações, legitimidade para propor ação de nulidade de casamento, defesa do interesse de menores, legitimidade para propor ação de interdição e promover nomeação de curador ausente.
1934	Constituição Federal	Procurador Geral nomeado pelo Presidente da República, entre juristas de reputação ilibada. Instituído o “Quinto” constitucional. Define que os Ministérios Públicos estaduais se organizariam por leis estaduais.
1939	Código de Processo Civil	Fiscal da lei (<i>custos legis</i>) – proteger valores e interesses sociais considerados indisponíveis, como as relações jurídicas do direito de família, casamento, registro e filiação, defesa dos incapazes e da propriedade privada.
1946	Constituição Federal	MP independente dos outros poderes de Estado; instituiu os Ministérios Públicos Federal e Estadual, garantindo a estabilidade na função, ingresso na carreira mediante concurso de provas e títulos. Atribuição: fiscal da lei e persecução penal.

1951	Lei nº 134 de 1/01/51 Criação do Ministério Público da União e seus ramos	Independência em relação aos outros poderes de Estado; nomeação e demissão discricionária de seu chefe, tanto na esfera federal como nos Estados, pelo chefe do Poder Executivo.
1967	Constituição Federal	Subordinado ao Judiciário; admissão na carreira por concurso de provas e títulos.
1969	Constituição Federal 1969	Perda da sua independência—subordinado ao capítulo do Poder Executivo
1973	Código de Processo Civil	Papel de órgão interveniente (<i>custos legis</i>) nas causas de interesse público ou que envolvessem interesse de incapazes.
1977	Emenda Constitucional nº7	Autorizou os Ministérios Públicos a se organizarem em carreira por leis estaduais.
1981	Lei nº 6938 de 31/08/81 Política Nacional do Meio Ambiente	Legitimidade do MP para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente; definição de direitos difusos e coletivos;
1981	Lei Complementar nº40 de 14/12/1981 Lei Orgânica do Ministério Público	Definido como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e responsável, perante o Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis; uniformidade da organização e competências dos Ministérios Públicos.
1985	Lei nº 7347 de 24/07/1985 Lei da Ação Civil Pública	Legitimidade do MP para propor ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos, bem como aqueles relacionados à defesa do meio ambiente, patrimônio histórico e paisagístico, consumidor, deficiente, direitos constitucionais do cidadão, etc.
1988	Constituição Federal	Autonomia institucional, independência funcional, legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do meio ambiente, do patrimônio público e cultural e de outros interesses difusos e coletivos.

Fonte: Fonseca (2014, p. 28)

Asensi e Pinheiro (2013) destacam a importância das garantias processuais e materiais conferidas aos membros do MP pela Constituição de 1988, no que concerne ao exercício de suas funções, citando a impossibilidade de serem removidos da comarca ou órgão no qual atuam (inamovibilidade), a impossibilidade de terem seus subsídios reduzidos (irredutibilidade de vencimentos), a independência funcional para decidirem de acordo com seu livre convencimento, a plena autonomia para promover o respeito pelo Poder Público à Constituição e às leis, a definição de instrumentos jurídicos individuais e coletivos e recursos para a tutela dos direitos que defendem.

Os membros do MP são remunerados com vencimentos fixos, cuja irredutibilidade é garantida pela Constituição da República. A antiguidade e o mérito asseguram a progressão na carreira, a qual é julgada por pares eleitos pela própria

classe (BRASIL, 1993, art. 15 da Lei n. 8.625/93).

A vitaliciedade garante ao membro do MP o direito de perder o cargo apenas em decorrência de sentença judicial transitada em julgado (BRASIL, 1993, art. 38, I, da Lei n. 8.625/93)

Em relação à atuação pela saúde, observam Asensi e Pinheiro (2013) que o direito é manejado pelos membros do MP de acordo com seu viés individual (que impõe a abstenção do Estado em relação a um atuar que enseje prejuízo ao indivíduo), social e coletivo (que enseja uma ação do Estado para a redução das desigualdades e efetivação dos direitos) e, finalmente, participativo (que pressupõe a participação popular para sua efetivação).

A busca pela efetivação do direito à saúde se desdobra na adoção de múltiplas estratégias de ação, que revelam *“a idéia de um MP que compartilha, entre seus membros, a perspectiva de defensor da sociedade”* (ASENSI e PINHEIRO, 2013: 37).

Sob a perspectiva política, a saúde é concebida pelo MP de acordo com os contornos constitucionais, ou seja, um serviço de relevância pública, que deve ser contínuo, regular e de qualidade. Neste sentido, concebe-se a saúde como uma política de Estado, e não de governo, cujos significados e fundamentos devem estar imunes às alternâncias de poder (ASENSI e PINHEIRO, 2013).

Ao Ministério Público se aplica o princípio constitucional da unidade (artigo 127, parágrafo 6^o, CRFB), embora seja dividido nos seguintes ramos (divisão funcional): Ministério Público da União (integrado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar) e Ministério Público dos Estados (com atribuição também em âmbito municipal).

4. A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO NOS ANOS 90

No capítulo anterior, buscou-se uma breve exposição acerca da introdução da concepção ampliada de saúde que se inscreveu no texto constitucional como seguridade social e da ampliação do papel do MP, ambas as conquistas inseridas no movimento de fortalecimento da proteção social.

Neste capítulo, passa-se a expor acerca dos modelos administrativos idealizados para a administração pública, no contexto da disputa entre distintos projetos para o Estado Brasileiro, embora com foco na Reforma Administrativa do Estado implementada a partir dos anos 90, quando se configurou um novo cenário político, econômico e ideológico, que acabou impactando o processo da Reforma Sanitária, além de várias instâncias da sociedade brasileira (PAIM, 2008).

Conforme já referido no tópico 3, os conflitos e contradições na criação de um sistema público e universal de saúde estavam presentes diante dos projetos concorrentes de diferentes grupos políticos, e este novo contexto, embora tenha relação mais direta com a reforma geral do Estado Brasileiro e seus modelos administrativos, impactou sobremaneira a implantação do SUS, dentro da concepção de seguridade social.

A política implementada pelo governo federal, a partir dos anos 90, se contrapôs ao papel do Estado descrito na Constituição Federal de 1988, sendo marcada por uma concepção gerencialista de Estado, na qual a participação da iniciativa privada na provisão dos serviços públicos foi fortemente incentivada como forma de contenção e enxugamento da máquina administrativa (VIANA & SILVA, 2012).

A Reforma teve como um dos principais objetivos flexibilizar princípios da administração pública burocrática, tradicionalmente apoiada no modelo weberiano, diante da retórica de um projeto político que defendia a necessidade de maior agilidade e eficiência para o atendimento das necessidades da sociedade. O estudo

revelará, entretanto, que não houve um rompimento ou a substituição total do modelo anterior, tendo em vista que o modelo burocrático sempre se pautou na eficiência e no profissionalismo.

Para introduzir o tema da Reforma, impõe-se traçar breves contornos dos fundamentos do modelo de burocracia, idealizado pelo teórico alemão Max Weber e disseminado em todo o mundo, ao longo do século XX, inclusive no Brasil.

Burocracia, na concepção de Weber, caracteriza um corpo de funcionários, organizados de acordo com normas pré-estabelecidas e submetidos a normas de conduta determinadas, que exercem autoridade legal (OLIVEIRA, 1970).

Segundo Weber (1982: 229):

A burocracia moderna funciona da seguinte forma específica: 1. Rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou normas administrativas. 1. As atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais. 2. A autoridade de dar as ordens necessárias à execução desses deveres oficiais se distribui de forma estável, sendo rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com os meios de coerção, físicos, sacerdotais ou outros, que possam ser colocados à disposição dos funcionários ou autoridades. 3. Tomam-se medidas metódicas para a realização regular e contínua desses deveres e para a execução dos direitos correspondentes; somente as pessoas que têm qualificações previstas por um regulamento geral são empregadas. (...)

Neste modelo, impera o formalismo, a impessoalidade e o profissionalismo. O poder exsurge das normas e das instituições formais (SECCHI, 2009), com o objetivo de limitar a discricionariedade do governante. Para tanto, a ação administrativa deve

se apoiar na legalidade e na observância de procedimentos formais, escritos e pré-estabelecidos (FRANZESE, 2011). Segundo Weber (1982: 230), *a administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (“os arquivos”), preservados em sua forma original ou em esboço.*”

Segundo Secchi (2009), a formalidade inerente ao modelo burocrático impõe deveres e responsabilidades aos burocratas, tais como a documentação escrita dos procedimentos administrativos e a formalização dos processos decisórios e das comunicações internas e externas. Não há discricionariedade na execução das rotinas. Em resumo, a organização burocrática se submete à lei.

O modelo de Estado burocrático, em seu ideal, contrasta com as arbitrariedades e favorecimentos indevidos, típicos do modelo pré-burocrático patrimonialista, no qual não se fazia distinção entre os bens públicos e privados dos governantes, de modo que a administração pública era usada a serviço de interesses particulares.

Weber apontou a importância da separação entre os patrimônios e os ofícios públicos e privados do burocrata, de modo que a burocracia segregasse a atividade oficial da vida privada. Ensina que *“os dinheiros e o equipamento público estão divorciados da propriedade privada da autoridade”* (1982:232). E defende que a coerência da moderna administração tem sido proporcional a essa separação.

A impessoalidade impõe que as decisões emanadas pela administração pública não leve em conta as relações que particulares possuem com os burocratas e os governantes, mas se pautem em regras predefinidas, públicas e claras. Evita que os servidores se apropriem de poder ou benefícios, quando dissociados da função pública, e impõe que todos sejam tratados com isonomia.

Neste sentido, Weber é enfático (1982: 231):

A redução do cargo moderno a regras está profundamente arraigada à sua própria natureza. A teoria da moderna administração pública, por exemplo, sustenta que a

autoridade para ordenar certos assuntos através de decretos — legalmente atribuída às autoridades públicas — não dá à repartição o direito de regular o assunto através de normas expelidas em cada caso, mas tão-somente para regular a matéria abstratamente. Isso contrasta de forma extrema com a regulamentação de todas as relações através dos privilégios individuais e concessão de favores, que domina de forma absoluta no patrimonialismo, pelo menos na medida em que essas relações não são fixadas pela tradição sagrada.

O profissionalismo inerente ao modelo burocrático informa, portanto, a seleção dos servidores públicos, pautada em critérios de meritocracia, que leva em conta as habilidades e a especialização do indivíduo. As funções são atribuídas a quem logra êxito em uma competição justa e pública (concurso público). Nas palavras de Weber (1982: 231):

A ocupação de um cargo é uma “profissão”. Isso se evidencia, primeiro, na exigência de um treinamento rígido, que demanda toda a capacidade de trabalho durante um longo período de tempo e nos exames especiais que, em geral, são pré-requisitos para o emprego

A eficiência organizacional e administrativa é um valor caro ao modelo burocrático, que exige a obediência às prescrições formais das tarefas. Como característica deste modelo, Secchi (2009) aponta a desconfiança geral em relação à natureza humana, daí o controle procedimental das tarefas e a preocupação de “*como as coisas são feitas*”.

Como corolários do modelo burocrático, estão, por exemplo, a divisão racional das tarefas, a vedação do nepotismo e as regras do concurso público e da licitação. Todos visam garantir a eficiência e impermeabilizar as esferas pública e privada, a fim de evitar corrupção e patrimonialismo.

No modelo de Estado patrimonialista, do qual distoia o modelo inspirado nas

idéias de Max Weber sobre a burocracia, a distribuição de funções administrativas não observa, necessariamente, as competências e especialidades dos funcionários, nem tampouco são organizadas em hierarquias racionais, mas são distribuídas pelo arbítrio do governante (AZEVEDO E LOUREIRO, 2003).

Segundo Oliveira (2009), a concepção weberiana preocupa-se com a identificação de um modelo de organização capaz de garantir o efetivo exercício da autoridade racional-legal, quase sem espaço para o informal, o irracional e o arbitrário, transformando um padrão ideal de relações e critérios descritivos no padrão prescritivo. A racionalidade, a normatização, a hierarquia, a especialização e a impessoalidade são categorias essenciais ao modelo burocrático.

Diante de um contexto de crise mundial que será exposto a seguir, o modelo burocrático passou a ser alvo de diversas críticas, nos ambientes nacional e internacional.

Segundo Abrucio (1998), em países avançados como a Inglaterra, a crise mundial dos anos 70 atingiu um modelo de Estado que possuía três dimensões interligadas entre si: a dimensão econômica era a keynesiana do Estado interventor; a dimensão social correspondia ao *Welfare State*, produtor de políticas públicas; e, por último, a dimensão administrativa correspondia ao modelo burocrático weberiano, cujo aparato era dotado de impessoalidade, neutralidade e racionalidade.

As mudanças que se operaram, em resposta às crises fiscal, econômica e de governabilidade, foram, fortemente, influenciadas pelas reformas estruturais que se iniciaram na Inglaterra e nos Estados Unidos com a eleição, respectivamente, de Margareth Thatcher e Ronald Reagan, ambos pautados em projetos de cunho neoliberal.

A nova agenda preconizada por estes governos influenciaram reformas em inúmeros países, entre eles o Brasil, embora em momentos diversos e originando respostas diferenciadas, tendo em vista a tradição político-administrativa e a dinâmica social de cada local.

Conforme acima mencionado, a ideologia neoliberal contou com um contexto de crise econômica, fiscal e de governabilidade favorável à sua hegemonia nos Estados, colocando em xeque o modelo proposto pelo *Welfare State*. Ela preconiza a idéia de que este modelo gerava demandas crescentes por parte da sociedade e, conseqüentemente, um crescimento desordenado do aparelho do Estado para atendê-las.

Financiadas por impostos, as crescentes demandas geravam expressiva tributação, que culminava na inibição da atividade produtiva e provocava a revolta de contribuintes, quando não percebiam a contrapartida estatal na melhoria dos serviços públicos (ABRUCIO, 1998; COSTA, 2010).

As iniciativas comuns dos governos britânico e norte-americano constituíram um programa, imitado por outros países, que se convencionou chamar de *Consenso de Washington*, o qual defendeu o ajuste fiscal para eliminar o déficit público, a desregulação da economia orientada para o mercado, a diminuição do aparelho do Estado e a diminuição da dívida externa.

Nos anos 80, a crise se tornou evidente em todo o mundo. Diversos países passaram a apresentar redução nas taxas de crescimento econômico, aumento do desemprego, elevados índices de inflação e descontrole fiscal. A escola de pensamento neoliberal rotulou esta desaceleração econômica nos países desenvolvidos e os graves desequilíbrios na América Latina e no Leste Europeu como a crise do Estado, o qual não soubera, segundo seus defensores, processar de forma adequada a sobrecarga de demandas a ele dirigidas. “*A desordem econômica expressava agora a dificuldade do Estado em continuar a administrar as crescentes expectativas em relação à política de bem-estar aplicada com relativo sucesso no pós-guerra.*” (Brasil, Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995)

Pautado na produção de um diagnóstico de lentidão, rigidez, corporativismo e clientelismo atribuído ao modelo burocrático vigente nos Estados de Bem-Estar, cresceu um forte sentimento antiburocrático naquela época. Aliada a este, a globalização enfraqueceu o poder do Estado interventor, pressionando-o a reduzir a

carga tributária, a regulação e sua atuação no mercado de trabalho (ABRUCIO, 1998).

Guardadas as devidas diferenças decorrentes das características políticas e institucionais de cada país, os elementos comuns às reformas administrativas que ocorreram nos Estados influenciados pela agenda neoliberal foram:

- Limitação das dimensões do setor público;
- Privatização;
- Descentralização para governos subnacionais;
- Descentralização no governo central (apontada por Abrucio (1998) como desconcentração de poderes);
- Introdução de mecanismos gerenciais típicos do setor privado na administração pública: busca da eficiência e gestão por resultados;
- Novas atribuições aos órgãos da administração central;
- Introdução da noção de *accountability*.

Este novo paradigma em administração pública, rotulado como *new public management* por Christopher Hood (*apud* COSTA 2010), incorporou racionalidade econômica para definir as expectativas em relação ao desempenho administrativo, ao orçamento público e ao comportamento dos agentes políticos e privados, individuais e coletivos.

As políticas compensatórias deveriam ser, segundo este paradigma, focalizadas, e sua execução delegada a terceiros, promovendo-se a separação entre a formulação e a implementação das políticas públicas, bem como a terceirização de serviços públicos.

O modelo gerencial sustenta que a eficiência na prestação dos serviços públicos depende da flexibilização dos procedimentos excessivamente formais de recrutamento, carreira e avaliação de desempenho dos servidores públicos, preconizados pelo modelo burocrático. Prega a autonomia dos gestores para atingir os objetivos contratados, através da desconcentração e da redução de níveis hierárquicos. Ademais, as formas de gestão devem ser flexíveis e permeáveis à

participação da sociedade civil (AZEVEDO & LOUREIRO, 2003).

Secchi (2009) defende que não há uma ruptura entre os modelos burocrático e gerencial, na medida em que ambos preconizam mecanismos e funções de controle.

Azevedo e Loureiro (2003) citam ainda o profissionalismo na administração pública como característica comum aos dois modelos. Segundo os autores, o que os diferenciaria, entretanto, em relação ao controle, é a ênfase dada pelo modelo burocrático aos processos ou procedimentos, enquanto que no gerencial a ênfase se dá nos resultados. E os resultados da ação estatal são tidos como satisfatórios de acordo com a satisfação do cidadão (visto como um cliente), e não de acordo com a segurança dos processos.

Para reflexão sobre o tema, impõem-se fazer referência, resumidamente, às críticas que o modelo gerencial inglês sofreu ao longo do tempo, além de problemas gerais enfrentados pelas reformas da administração pública, trazidos por Abrucio (1998), tais como:

- A desconsideração da efetividade, da equidade e da justiça como valores necessários ao serviço público, diante da primazia da busca pela eficiência e da despolitização, defendidas pelo gerencialismo puro;
- A desconsideração das noções de participação social, equidade, direitos e deveres inerentes à cidadania, diante da atribuição da condição de consumidor ao cidadão usuário dos serviços públicos;
- A ameaça à equidade na prestação dos serviços públicos, diante da introdução de competição entre agências públicas, onde o desempenho é avaliado pelos “consumidores”;
- A falta de responsabilização do prestador do serviço provocada pela separação entre aquele formula e aquele que implementa a política pública;
- A necessidade de inclusão dos cidadãos e dos funcionários públicos nas estratégias de

implementação da reforma;

- Os obstáculos à lógica gerencial gerados pela lógica fiscal;
- Os riscos de segregação e inequidade que uma descentralização mal coordenada pode gerar.

Em relação aos países em desenvolvimento, Evans (2003, p.108) aponta o decréscimo no crescimento do comércio mundial nos anos 70, associado à elevação da taxa de juros reais, e a redução dos empréstimos comerciais no início dos anos 80, como causas para a adoção de políticas de ajuste estrutural, “*apoiadas em teorias minimalistas do Estado defendidas por um notável aparelho analítico neo-utilitarista*”. O debate girou em torno de “*saber se o Estado deveria mesmo ser um agente econômico ativo*”.

No Brasil, as reformas políticas, econômicas e administrativas priorizaram, no contexto pós-Constituição de 1988, medidas orientadas para a redução do tamanho do Estado e do quadro do funcionalismo público e para a redefinição de seu papel regulador (NORONHA *et al.*, 2012; VIANA & SILVA, 2012).

O debate sobre a reforma da organização e do aparato estatal foi protagonizado, nos anos 90, pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), coordenado por Luiz Carlos Bresser Pereira, após sinais de esgotamento do modelo de Estado desenvolvimentista e a produção pelo governo federal de diagnósticos ruins acerca de um aparelho burocrático inspirado no modelo weberiano (PACHECO, 2010; BRASIL, Presidência da República, PDRAE, 1995).

Os argumentos de Bresser Pereira foram consolidados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), segundo o qual havia uma crise de governança no país, onde a capacidade de o Estado brasileiro implementar políticas públicas “*estava limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa*”. O mercado seria a solução para desafogar um Estado deficitário,

incapaz de administrar o descontrole fiscal e as crescentes demandas sociais (MARE, 1995, *apud* COSTA, 2010).

Na apresentação do PDRAE, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, é claro ao expressar o pensamento que orientaria a reforma:

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a “memória administrativa”, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado. (texto original do PDRAE, BRASIL, 1995: 6-7)

É interessante observar que o PDRAE não atribuía a Reforma do Estado no Brasil ao projeto neoliberal, mas, ao contrário, lhe dirigia críticas:

No Brasil, embora esteja presente desde os anos 70, a crise do Estado somente se tornará clara a partir da segunda metade dos anos 80. Suas manifestações mais evidentes são a própria crise fiscal e o esgotamento da estratégia de substituição de importações, que se inserem num contexto mais amplo de superação das formas de intervenção econômica e social do Estado. Adicionalmente, o aparelho do Estado concentra e centraliza funções, e se caracteriza pela rigidez dos procedimentos e pelo excesso de normas e regulamentos.

*A reação imediata à crise - ainda nos anos 80, logo após a transição democrática - foi ignorá-la. **Uma segunda resposta igualmente inadequada foi a neoliberal, caracterizada pela ideologia do Estado mínimo. Ambas revelaram-se irrealistas: a primeira, porque subestimou tal desequilíbrio; a segunda, porque utópica.** Só em meados dos anos 90 surge uma resposta consistente com o desafio de superação da crise: a idéia da reforma ou reconstrução do Estado, de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.*

Neste sentido, são inadiáveis: (1) o ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas. (grifo nosso, texto original do PDRAE, BRASIL, 1995: 10-11)

A crise fiscal teria, portanto, como causas, segundo o pensamento preconizado

na Reforma Administrativa, um modelo econômico datado, políticas populistas frutos de pactos estabelecidos com a redemocratização e a ineficiência do modelo burocrático de administração pública. Segundo o PDRAE, a estratégia burocrática de executar diretamente os serviços de educação, saúde e assistência social, por meio da contratação de funcionários públicos, estaria entre as causas da crise fiscal, na medida em que contribuía para o aumento do déficit público. A solução proposta pelo plano para este “problema” integrou um projeto de publicização por meio da transferência de atividades entendidas como não exclusivas do Estado (ex. saúde, educação, cultura e meio ambiente) para as Organizações Sociais (COSTA, 2010).

Como decorrência prática, entraram em vigor leis infraconstitucionais que permitiram a atuação de Organizações Sociais (OSs) em políticas sociais, como a saúde, setor onde se disseminou a chamada terceirização da gestão de unidades da rede pública (VIANA & SILVA, 2012).

De acordo com o PDRAE, as organizações sociais são *“entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito a dotação orçamentária”* (MARE, 1995, *apud* COSTA, F. L., 2010).

Bresser Pereira (1997: 13) esclarece que *“organizações sociais são um modelo de organização pública não estatal, destinadas a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não estatal, constituída por associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas para o atendimento do interesse público.”* (*apud* COSTA, 2010).

Os teóricos do Direito Administrativo, no Brasil, colocam as Organizações Sociais no chamado “terceiro setor”, expressão usada para designar entidades da sociedade civil que desempenham atividade de natureza pública e não lucrativas. Trata-se de pessoas privadas, instituídas por particulares, que exercem funções típicas de Estado, embora não exclusivas deste, sob o regime de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público (DI PIETRO, 2008).

Conforme assumido, à época, pelo MARE (Exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.648-6/98 que deu ensejo à Lei n. 9637/98), a proposta de substituição do modelo weberiano pelo modelo gerencial pressupunha a reforma da burocracia pública com vistas à flexibilização da rigidez dos procedimentos e da hierarquização (ABRUCIO, 1998).

Em apertada síntese, tem-se que o modelo de gestão terceirizada contrastou com o modelo de gestão previsto na CR/88, que privilegiava o insulamento organizacional como forma de proteger as organizações estatais dos interesses clientelistas e privados que predominavam no regime autoritário.

A opção por este insulamento foi feita através da fixação de regras que privilegiaram, segundo Geddes (1996 *apud* COSTA, 2011, p. 94),

o recrutamento por mecanismo meritocráticos de seleção por concurso para o cargo público administrativo, a estabilidade das carreiras, salários próximos ao mercado e fonte estável de financiamento.

Destaca Costa (2011, p. 95) que:

“A agenda de Reforma do Estado, na década de 1990, trouxe uma proposta de ruptura da concepção de governança da CF de 1988” (...) “Particularmente, a proposta de reforma de Estado, de 1995, buscou o desenvolvimento de mecanismos de governança, flexíveis e horizontais, na expectativa de maior eficiência e qualidade das empresas e organizações públicas da Administração direta e indireta.”

Bresser Pereira (1996) defendeu que, no modelo weberiano, a burocracia atuava de forma auto-referida, diante do imperativo de separação entre o público e o privado e da necessidade de manter-se como uma organização neutra e impessoal (*apud* ABRUCIO 1998). Nas palavras deste autor (1998, p. 242),

a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos. (...) A necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, não decorre apenas de problemas de crescimento, e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também da legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.

Nesta agenda de governo, apenas as funções tidas como típicas de Estado ou estratégicas, se mantiveram no modelo insulado, enquanto que alguns segmentos ligados à provisão de serviços públicos, como os hospitais, foram considerados como funções não exclusivas e, portanto, incorporados a um modelo mais flexível (COSTA, 2011).

De acordo com o PDRAE, era preciso distinguir quatro níveis de atuação do Estado: 1) nível central ou estratégico (cúpula dos três poderes e Ministério Público); 2) nível descentralizado de funções exclusivas (regulação, fiscalização, segurança, previdência básica); 3) nível de funções não exclusivas (serviços públicos de saúde, educação, cultura, pesquisa); 4) produção de bens e serviços caberia a empresas privadas, sendo o Estado o regulador.

A estratégia da publicização implementada no PDRAE, através da absorção de serviços públicos por entidades privadas qualificadas pelo Poder Público como organizações sociais e organizações de interesse público, incluiria a cessão de servidores públicos e a transferência de equipamentos e bens públicos, como hospitais e ambulatórios. A partir daí, passaram a receber dotação orçamentária para exercer atividades consideradas de interesse social, como os serviços de saúde, através da gestão dos respectivos equipamentos públicos. Para tanto, podem fixar a remuneração de sua diretoria, estão dispensadas de licitar para compras e serviços, bem como dispensadas da realização de concurso público para a contratação de pessoal. A prestação de contas se dá perante a autoridade contratante, responsável pela fiscalização do contrato, com a interferência do Tribunal de Contas quando do conhecimento de irregularidades e ilegalidades.

O vínculo que se estabeleceu entre o Estado e as OSs foi instrumentalizado nos contratos de gestão, entendidos, em sentido amplo, como ajustes ou acordos utilizados para designar parcerias do Poder Público com entidades da administração indireta e do terceiro setor. No presente estudo, entretanto, a expressão será utilizada apenas para designar os contratos celebrados com as Organizações Sociais.

Com a normatização do novo modelo, a terceirização da gestão para as OSs trouxe inúmeros questionamentos, sob o enfoque jurídico e ideológico, tendo em vista (COSTA, 2011; VIEIRA, 2011; FLEURY *at al*, 2014):

- a vedação constitucional de terceirização das atividades-fim do Estado;
- a desresponsabilização do Estado;
- a fragmentação institucional;
- a necessária submissão das relações contratuais aos princípios constitucionais que orientam a administração pública;
- a inexigência, na lei, de licitação para escolha da entidade (Art. 24, XXIV da Lei n. 8666/93, introduzido pela Lei n. 9648/98);
- a utilização de patrimônio público e de servidores públicos pelas OSs;
- a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle; e
- a alteração do modelo de governança preconizado pela CR/88.

À época da tramitação do Projeto da Lei n. 9.637/98, que dispôs sobre a qualificação e contratação de Organizações Sociais para atividades dirigidas, entre outras, à saúde, o Conselho Nacional de Saúde – instância de controle social do SUS - deliberou, por meio da Resolução CNS n. 223/97 (BRASIL, 1997), pelo reconhecimento de diversas impropriedades da inovação legislativa, enunciando as seguintes diretrizes:

- É necessário maior flexibilidade na gestão das unidades de saúde;

- Já existem alternativas legais tais como autarquias, fundações e empresas públicas capazes de permitir essa

maior flexibilização sem necessidade da criação de um novo ente jurídico;

- Há vários aspectos na proposta das OS que são conflitantes com as disposições constitucionais;

- O processo de qualificação das OS é discricionário, cabendo exclusivamente ao Ministro da Saúde, no âmbito da União, a indicação dos grupos que virão a constituir as referidas organizações;

- A proposta das OS não explicita as formas de relação entre os diferentes segmentos da clientela (SUS, convênio, seguros, etc...) podendo colocar em risco os princípios de universalidade, integralidade e equidade;

- A proposta das OS não leva em conta a organização do SUS, principalmente no que respeita às instâncias de controle social e direção única do sistema, visto que, não prevê mecanismos de subordinação aos gestores municipais ou estaduais por parte dessas organizações;

- Não há garantias que protejam o Estado face à criação da expectativa de direito para os credores dessas organizações em caso de descredenciamento ou insolvência;

- A transferência de patrimônio público estatal para essas organizações, sem garantias de ressarcimento em caso descumprimento de cláusulas contratuais, inépcia, malversação etc., constitui grave precedente;

- Há aspectos, principalmente os relativos à gestão de RH, na proposta das OS, que não atendem às necessidades identificadas pelos gestores, criando situações de difícil

administração, tais como, a possibilidade de ter na mesma unidade funcionários submetidos a diferentes regimes e com diferentes remunerações.

Ao que parece, portanto, a definição das Organizações Sociais e sua legitimação normativa para atuação no âmbito das políticas sociais não contou com o apoio expresso dos setores de participação popular, mas antes compôs um quadro de ajuste liberal implementado pelo Governo.

Em 1998, a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1923/98 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista para impugnar a Lei n. 9.367/98. O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, em parecer dado nos autos do processo, reconhece que a Constituição da República de 1988 previu um Estado Social com perfil prestacional, embora afirme que o país não tenha condições materiais e estruturais para suprir a demanda social neste molde, o que legitimaria a adoção de alternativas para suprir a deficiência. Vale a pena a transcrição, *in verbis*:

Temos aqui um cenário para o surgimento do Estado pós-social, em que há um reposicionamento, no qual se acaba por prestigiar uma posição de planejamento, fomento e controle por parte do Poder Público.

É preciso reconhecer que a Constituição destaca e elege posições de prestação a que o Estado brasileiro está obrigado, mas ao mesmo tempo, ainda não se vê habilitado, seja material, seja estruturalmente, a fazer frente, ao menos nos moldes convencionais do direito administrativo clássico. São admissíveis, a priori, esquemas que se sobreponham a tais perspectivas, pretendendo dar solução ao descompasso entre esse Estado prestacional que (deveria) nos serve (servir). (BRASIL, STF/ADIN n. 1923-DF, 1998)

Quando da edição da Medida Provisória n. 1.648-7/98, que introduziu o

Programa Nacional de Publicização contido na Lei n. 9.637/98, veiculou-se que Bresser Pereira intentava a reformar a burocracia e estimular a criação de Organizações Sociais apenas por meio da transformação de órgãos da administração pública indireta (“*MP abre gestão do serviço público e reduz burocracia*”. Folha de São Paulo. GONÇALVES, 1998).

Na exposição de motivos da Medida Provisória, anunciou-se a extinção, em caráter emergencial, do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquete Pinto, e sua qualificação como Organizações Sociais, para absorção das atividades desenvolvidas por estas entidades da Administração Pública, como forma de conferir-lhes maior autonomia administrativa e institucional proporcionada pela personificação jurídica de direito privado que lhes seria atribuída (Mensagem n. 278 de 1998-CN, encaminhada ao Congresso Nacional, acompanhada do texto da Medida Provisória n. 1.648-7/98 e sua exposição de motivos).

Esses foram casos exemplares da intervenção governamental de cunho liberal, e, por ela, as Organizações Sociais passaram a administrar os servidores públicos, as instalações e equipamentos dos órgãos extintos e a receber recursos públicos orçamentários para a realização de atividades sociais na sua área de atuação.

O presente estudo, entretanto, questiona alguns dos desdobramentos desta intervenção e aponta que a lei das OSs estimulou a criação de pessoas jurídicas de direito privado oriundas de grupos empresariais, formalmente desvinculadas de qualquer fundação pública ou outra pessoa integrante da administração pública. Ainda assim, foram qualificadas como Organizações Sociais para a celebração de contratos de gestão com Estados e Municípios.

Afirma-se que, informada ou não pela ideologia da *New Public Management*, a pulverização pelos estados e municípios brasileiros dos contratos de gestão, na área da saúde, acabou se dando como forma de driblar os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para o gasto com pessoal, bem como a carga previdenciária e as Leis n. 8666/93 (Licitações) e 8112/90 (regime de servidores públicos) (FLEURY *at al*, 2014; COSTA, 2011).

Costa (2010) ressalva que a publicização pode ser mais uma tentativa de escapismo ou fuga de controles centralizados sobre os meios, prática recorrente na administração pública brasileira, o que culmina por gerar complexos problemas de longo prazo que acabam sendo reenquadrados no esquema geral de controle público.

E Di Pietro (2008: 265) ainda é assertiva ao concluir,

Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. (...) Se a intenção é extinguir um ente público e deixar que sua atividade será absorvida por entidade privada, a escolha desta não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados. (...) Se a entidade vai administrar dinheiro público, também não tem sentido a total ausência, na lei, de limitações salariais aos empregados dessas entidades; enquanto para o servidor público o regime constitucional vigente é rico em restrições, para as organizações sociais a liberdade é total; o mesmo servidor que trabalhava na mesma entidade, a partir do momento em que esta muda sua roupagem, deixa de sofrer limitações quanto a concurso público, a teto salarial, a acumulação de cargos e tantas outras. A medida é contraditória em relação aos objetivos da Reforma Administrativa, especialmente, à contenção de despesas com

quadro de pessoal.

Afirma-se possível o controle das organizações sociais por meio de instrumentos regulatórios, de fiscalização e avaliação. Entretanto, é preciso que estes instrumentos, efetivamente, possam medir as ações empreendidas, sem que se privilegie a mensuração da eficiência, em detrimento da avaliação da “*real eficácia social das iniciativas*” (COSTA, 2010).

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES (2014), importante ator da Reforma Sanitária, recentemente publicou editorial em que analisa a abrangência desse processo na saúde e suas consequências:

Nos últimos dez anos vem crescendo muito a gestão privada de serviços públicos de saúde por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) ou por Organizações Sociais (OS). Tais organizações vêm sendo crescentemente responsáveis pela gestão de hospitais, centros de saúde, Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e unidades de saúde da família. Possivelmente, a maior delas é a Associação Paulista pelo Desenvolvimento da Medicina (SPDM-Saúde), que atua em seis estados, tem cerca de 40 mil trabalhadores, todos com direito ao plano de saúde privado, e é inteiramente custeada por recursos decorrentes de contratos com poder público. Entidades como essa, além de dependerem de recursos públicos e contribuírem para fortalecer o mercado de seguros privados de saúde ao concederem planos de saúde a seus empregados, vêm contribuindo para a introdução, nas unidades públicas de saúde que gerenciam, de um conjunto de técnicas e valores típicos do mercado privado, de benefício duvidoso para o serviço público.

Seja em razão da criação de alternativas ao modelo constitucional, ou em razão da forma frágil e desarticulada da contratação pelo território nacional, os questionamentos de ordem jurídica passaram a fundamentar diferentes vertentes de

atuação por parte do Ministério Público, revelando-se, na pesquisa, duas proposições: o oferecimento de ações judiciais para anulação dos contratos de gestão com OSs no setor saúde; e o manejo de instrumentos extrajudiciais e ações judiciais para a fiscalização e o controle da contratualização e dos seus resultados.

5. REFERENCIAIS DE ANÁLISE E PROPOSTA METODOLÓGICA DO ESTUDO

A **questão central** que norteia o estudo assim se resume:

- **Quais são as principais estratégias ou vertentes de atuação do Ministério Público, no âmbito estadual, diante do modelo de gestão por meio de Organização Sociais na saúde, e o que as influenciou?**

Em resposta a esta questão, foi usada a abordagem do neoinstitucionalismo para a análise de algumas dimensões, segundo a vertente do institucionalismo histórico apontada por Pierson (1993) e sua apropriação por Menicucci (2007) para a análise da política de assistência à saúde, que traz noções importantes para compreender os efeitos das interações dos atores sobre a política em seu projeto reformador (efeito “*lock in*”) e sua dependência em relação a trajetória anterior da política (“*path dependence*”).

Como **objetivo geral**, propõe-se **analisar o papel do Ministério Público, em suas dimensões jurídica e política, no âmbito dos processos relacionados ao modelo de gestão na saúde por meio de OSs.**

Trata-se de um estudo qualitativo, de natureza exploratória e indutiva, com os seguintes **objetivos específicos**:

- Compreender o contexto político e institucional do Estado Brasileiro, no qual ocorre a proliferação dos contratos de gestão com Organizações Sociais, na saúde;

- Identificar as principais estratégias do Ministério Público, e o que as influencia, diante do modelo de gestão na saúde por meio de OSs;

- Elencar os principais argumentos que fundamentam demandas judiciais propostas pelo MP para impugnação dos contratos de gestão celebrados com OSs na

saúde;

- Compreender o contexto e os fatores que influenciaram a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo no acompanhamento do modelo de governança através de Organizações Sociais na saúde.

5.1 - ABORDAGEM TEÓRICA: NEOINSTITUCIONALISMO

A perspectiva teórica de análise é o neoinstitucionalismo, nas vertentes do institucinalismo histórico e do institucionalismo sociológico, usadas de acordo com as dimensões de análise eleitas para compreender as estratégias de atuação do Ministério Público.

A análise foca no papel que as instituições públicas ocupam, considerando sua influência nas estratégias dos demais atores, nos rumos, na trajetória e na modelagem das decisões políticas (PIERSON, 1993 *apud* MENICUCCI, 2007; LIMA *at al*, 2011), especificamente relacionadas aos modelos organizacionais de governança na saúde por meio de OSs.

A relevância da estratégia da análise neoinstitucionalista está em identificar como as instituições afetam comportamentos individuais e coletivos, e como estas instituições exercem influência sobre as decisões políticas e se mantém ao longo do tempo no âmbito das políticas públicas, considerando os custos políticos e econômicos nas mudanças de caminhos (PIERSON, 2004 *apud* LIMA *at al*, 2011).

A atuação do Ministério Público diante do modelo de gestão por meio de OS na saúde será analisada nas dimensões abaixo, a partir do resultado do levantamento documental e das entrevistas:

- **Influência da atuação do STF no julgamento da ADIN 1923-DF, que questionou a constitucionalidade da lei federal das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98);**
- **Influência da política local e seus atores para implantação do modelo de**

governança por OSs na saúde;

- **Independência funcional dos membros do MP.**

As noções de “*policy feedback*” e dependência de trajetória, traduzidas no efeito “*lock in*” e inerentes à visão do **institucionalismo histórico**, serão aplicadas para analisar os aspectos acima destacados, em especial os dois primeiros, e sua influência nas estratégias de atuação do MP.

Neste sentido, apropria-se da noção de instituição exposta por Menicucci (2007, p. 25), a qual “*inclui tanto organizações formais quanto regras e procedimentos informais que estruturam a conduta*”. São regras do jogo ou limites que estruturam a interação humana, incorporadas na análise das políticas públicas por Pierson (1993).

A dependência de trajetória é definida como um processo social, ao qual instituições e organizações estariam sujeitas, pautado em uma dinâmica de retornos crescentes que geram resultados dependentes da sequência particular em que os acontecimentos se desenrolam (PIERSON 2000).

Nesta adaptação, destacam-se quatro características do processo:

1 – Imprevisibilidade: segundo a qual não é possível prever resultados diante da variedade de efeitos produzidos pelas escolhas ou acontecimentos iniciais. Muitos resultados são possíveis;

2 – Inflexibilidade: quanto mais avançamos no processo, mais difícil é mudar o caminho escolhido. Os movimentos feitos em uma direção bloqueiam, eventualmente, outras alternativas;

3 – *Nonergodicity*: eventos iniciais produzem resultados nas futuras escolhas, não podendo ser anulados, mas ampliados com o passar do tempo;

4 – Ineficiência potencial da trajetória: no longo prazo, os resultados

determinados pela trajetória podem não ser mais eficientes do que aqueles que seriam possíveis a partir de outras alternativas.

No mesmo sentido, destaca Bernardi (2012) que os resultados institucionais ou de políticas obtidos nos estágios iniciais de uma sequência se retroalimentam e reforçam, de forma que resultados antes plausíveis deixam de sê-lo, prevalecendo, antes, um padrão de mudanças que se restringem a ramificações dentro da mesma trajetória.

Segundo Menicucci (2007:30):

Na análise das instituições, o efeito “lock in” decorre da relação simbiótica entre instituições e organizações que se desenvolvem como consequência da estrutura de incentivos fornecidos por aquelas instituições. Da mesma forma, as políticas públicas, ao induzirem os indivíduos a determinados comportamentos e ao propiciarem o surgimento de organizações influenciadas pela evolução das políticas e da estrutura institucional correspondente, ampliam os custos associados à adoção de alternativas diversas, e, nessa medida, inibem o abandono de certa trajetória, que se torna assim difícil de ser alterada, inviabilizando alternativas que anteriormente podiam ser possíveis.

À luz do efeito “lock in”, buscou-se analisar a influência ou o incentivo que a demora do julgamento definitivo acerca da constitucionalidade da lei federal das OSs representou para a escolha do rumo seguido pela própria Corte Constitucional e pelo Ministério Público, enquanto os contratos de gestão se proliferaram por todo país. Em que medida os resultados decorrentes da falta de definição por parte do Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, influenciaram as escolhas do MP, inibindo ou incentivando determinada alternativa?

Espera-se, ainda, que os resultados da pesquisa apontem em que medida a experiência proporcionada pela interação política do MP e de seus membros,

traduzida na interação de seus membros com atores-chave do processo político e com a sociedade, pautou as suas decisões. E, finalmente, como a independência funcional dos membros do MP, influenciada pela cultura burocrática da instituição e pelas convicções e valores de seus membros, proporcionou a possibilidade de adoção de determinado caminho ou estratégia de atuação.

Conforme observam Hall & Taylor (2003), o institucionalismo sociológico sustenta que as instituições adotam práticas de acordo com o valor ou legitimidade social que ostentam no ambiente em que se inserem. Destacam os autores que “*a questão fundamental, nessa ótica, é evidentemente a de saber o que confere “legitimidade” a certos arranjos institucionais antes do que a outros*”.

Desta forma, as dimensões interativa e criativa das instituições, tão caras ao institucionalismo sociológico, servirão de referencial para a análise do papel que a independência funcional dos membros do MP e a permeabilidade institucional em relação às questões trazidas por outros atores e pela sociedade, pautaram as estratégias adotadas diante da implantação do novo modelo de governança

Em estudo sobre os Estados de industrialização tardia, Evans (1993, 2004) chama a atenção de que o equilíbrio entre o insulamento burocrático do modelo weberiano e a inserção social da burocracia é necessário para a legitimação do modelo de dominação racional-legal.

Através da abordagem institucional comparativa, Evans (2004 apud COSTA & NEVES, 2013) evita tratar o Estado como uma entidade monolítica, e procura compreender como o contexto de reações sociais definem interesses, atuações e estratégias. Segundo o autor,

as decisões dos burocratas sofrem influências de contextos institucionais complexos, com interações historicamente enraizadas e incorporadas em estruturas sociais assimiladas pelos indivíduos que atuam no próprio estado.

Como já exposto, o Ministério Público brasileiro é cercado de todas as

características ínsitas ao modelo burocrático que Weber (*apud* EVANS 2004) preconizava como necessário ao Estado moderno, em especial o insulamento que lhe garante autonomia em relação aos interesses particularistas circundantes. Ao mesmo tempo, se trata de burocracia dotada de uma cultura técnica para o cumprimento da função institucional de promoção da cidadania e da tutela de interesses sociais. Por esta razão a pesquisa se preocupou em investigar fatores que, de alguma forma, garantiram permeabilidade da instituição em relação às questões trazidas por outros atores-chave do processo político, como os Gestores do SUS, o Tribunal de Contas, o Poder Judiciário e os usuários do serviço.

5.2 - ESTRATÉGICAS METODOLÓGICAS

As estratégias desenvolvidas na pesquisa são identificadas a seguir, a partir dos seguintes eixos de estudo:

A - A Saúde na CF/88 e Reforma do Estado: revisão bibliográfica e análise documental (mídia impressa e legislação).

B - Ministério Público:

B.1) Dimensões jurídica e política do papel institucional do MP: revisão bibliográfica.

B.2) Atuação do MP nos processos relacionados ao modelo de gestão da assistência à saúde por OS:

B.2.1) Identificação dos argumentos que fundamentam a impugnação judicial do modelo de gestão por OS na saúde: análise documental. Foram analisadas 21 petições iniciais de ações (cíveis e criminais) propostas pelo Ministério Público Estadual, encontradas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Espírito Santo, Distrito Federal e Maranhão, diante de contratos de gestão celebrados nestes locais. Foram analisadas jurisprudências encontradas também nestes estados e no Estado de Minas Gerais. Finalmente, foram analisados enunciados e roteiros de atuação institucionais produzidos sobre o tema, em âmbito nacional. Os documentos

e informações foram coletados a partir de sítios eletrônicos e da inserção da pesquisadora como um dos autores inseridos no objeto de estudo, conforme já explicitado na Apresentação deste estudo.

B.2.2) Estudo de caso: a) compreensão da trajetória de implantação do modelo de gestão por OS na saúde pelo Governo de São Paulo: revisão bibliográfica e análise documental da legislação local, de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; b) compreensão da atuação do Ministério Público de São Paulo. O caso foi selecionado a partir: b.1) do pioneirismo no país do Governo do Estado de São Paulo na implantação, desde 1998, do modelo de gestão por meio de Organizações Sociais da Saúde como uma política de governo; b.2) da trajetória e experiência do Ministério Público de São Paulo, proporcionadas pelo tempo de implantação do modelo de gestão por OSs na saúde, neste estado, o que, em tese, lhe proporcionaria maior maturidade no desenvolvimento de estratégias de atuação; b.3) da importância do tempo para aplicação do referencial teórico da dependência de trajetória na análise da atuação do Ministério Público.

A coleta de dados relativa ao estudo do caso envolveu, além da análise documental (peças processuais, roteiros de atuação e atos normativos), seis entrevistas com membros MPSP em exercício de funções estratégicas para o tema objeto do estudo, conforme abaixo se expõe.

O primeiro entrevistado é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, com experiência na tutela coletiva da saúde. Atuou no Grupo de Atuação Estratégica em Saúde Pública (GAESP), por cinco anos, antes da criação das primeiras promotorias de justiça especializadas em tutela coletiva da saúde no MPSP. Implementou um setor voltado para a saúde pública no Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos do MPSP, onde atuou por quatro anos, desenvolvendo projetos institucionais e um trabalho de assessoria ao Procurador-Geral de Justiça e aos membros do MPSP, no tema saúde pública; promovendo a interlocução e a negociação com gestores e entidades públicas e privadas, ligados à saúde pública; e, ainda, representando o MPSP em reuniões institucionais de âmbito nacional para tratar de assuntos relacionados a este tema. Após, exerceu, por dois anos, o cargo de

Chefe de Gabinete na Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, durante a gestão do Secretário Giovanni Guido Cerri, tendo, após, coordenado, por um ano, o grupo de advogados que atuava naquela secretaria. A trajetória do primeiro entrevistado lhe confere, portanto, experiência ao lado do MP e, também, ao lado da gestão, propiciando-lhe uma visão interinstitucional da questão objeto do presente estudo. Atualmente, é titular da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo, tendo concluído, em 2015, Doutorado na Faculdade de Medicina da Universidade do Estado de São Paulo (USP), com a tese *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. **Será, a seguir, designado promotor 1.**

Os segundo e terceiro entrevistados são Promotores de Justiça no Estado de São Paulo, titulares de Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, responsáveis pelos casos que envolvem danos ao patrimônio público e atos de improbidade administrativa (**a seguir designados promotor 2 e promotor 3**).

O quarto entrevistado é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, titular da Promotoria de Defesa da Saúde, responsável pela fiscalização da política e dos serviços de saúde pública. Atuou em uma das duas promotorias especializadas no tema, por três anos, estando atualmente afastado para atuar na Associação dos Membros do Ministério Público de São Paulo, que é uma entidade de classe (**a seguir designado promotor 4**).

O quinto entrevistado é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, titular da Promotoria de Defesa da Saúde. Atua neste órgão desde o ano de 2009, com atribuição para a fiscalização da política e dos serviços de saúde pública, na Capital do Estado de São Paulo (**a seguir designado promotor 5**).

Os cinco primeiros entrevistados foram selecionados a partir de sua lotação em Promotorias de Justiça, que, de acordo com o formato institucional do MPSP, são as responsáveis pelos casos relacionados à implantação do modelo de governança por meio de OSs na saúde, nos vieses de proteção à saúde e de proteção ao patrimônio público.

As Promotorias de Justiça responsáveis pela defesa da saúde fiscalizam a política e a prestação do serviço de saúde, sob o enfoque da tutela coletiva da cidadania e da relevância pública do serviço. Em sua atribuição, inserem-se questões relacionadas à universalidade do atendimento, à integralidade da atenção, à qualidade da assistência e à legalidade dos contratos e arranjos institucionais.

As Promotorias de Justiça responsáveis pela defesa do patrimônio público investigam os casos relacionados a danos provocados ao patrimônio público, como por exemplo, superfaturamento de contratos, fraudes em licitações e concursos públicos, “servidores fantasmas”, evolução patrimonial ilícita de agentes públicos e outros casos relacionados a desvios de recursos públicos e atos de improbidade administrativa.

O sexto entrevistado é o atual Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, e, portanto, o Chefe da Instituição. É Membro do MPSP há 27 anos, tendo atuado, em primeira e segunda instância, na área de tutela de interesses difusos e coletivos. É professor e autor de obras de Direito Administrativo (**a seguir designado procurador-geral**).

Todas as entrevistas foram gravadas em agosto de 2015, e, posteriormente, analisadas segundo a proposta de referencial teórico acima exposto. Os roteiros seguidos nas entrevistas estão anexados, ao final, no apêndice. A pesquisa cumpriu com os procedimentos éticos, sendo o uso dos dados autorizado pelos atores informantes, conforme modelo de termo de consentimento juntado no Anexo. Os termos assinados serão conservados sob guarda por período determinado.

QUADRO 2 – PERFIL DOS ENTREVISTADOS (estudo de caso)

ENTREVISTADO	CARGO	EXPERIÊNCIA
Promotor 1	Promotor de Justiça. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)	Tutela coletiva da saúde pública, no âmbito do MPSP. Chefia de Gabinete da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo
Promotor 2	Promotor de Justiça. Membro do	Defesa do patrimônio público

	Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)	
Promotor 3	Promotor de Justiça. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)	Defesa do patrimônio público
Promotor 4	Promotor de Justiça. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)	Tutela coletiva da saúde pública
Promotor 5	Promotor de Justiça. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)	Tutela coletiva da saúde pública
Procurador-Geral	Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Membro do MPSP	Chefia do Ministério Público do Estado de São Paulo

6. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 1923-DF

Entre os anos de 1998 e 2015, esteve pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923 proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, na qual se pediu a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9637/98 que *“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”* (BRASIL, 1998).

6.1 – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1923-DF

Entre outros argumentos, a ação invocava a violação dos artigos 196, 197 e 199, § 1º da Constituição Federal de 1988.

A referida demanda questionava o que chama de “privatização dos serviços de saúde”, diante da transferência integral de patrimônio, recursos e servidores públicos para entidades privadas – as Organizações Sociais. Argumentava que a lógica do modelo de gestão pode impor prejuízos aos usuários, dada à perda do caráter público da instituição prestadora do serviço, e arrematava:

“A pura e simples substituição de um hospital público por uma organização social encarregada de administrá-lo implica meramente em terceirização da gestão desse serviço, em flagrante contrariedade aos princípios constitucionais e legais que regem a prestação de serviços de saúde. (...) O Programa de Publicização implica não em fomento à criação ou aperfeiçoamento de instituições privadas do setor público não-governamental. Vai mais longe a preocupação em fazer uso das "flexibilidades" proporcionadas pelo setor privado, a ponto de assumir o Poder Público papel diretor no

processo de criação de instituições privadas que possam ser ‘qualificadas como organizações sociais’” (STF, 2008. ADIN 1923, p. 19 e 50).

Aduz que esta finalidade de aproveitamento de vantagens do setor privado foi, expressamente, assumida pelo MARE no referido programa, nos seguintes termos:

“O modelo institucional das Organizações Sociais apresenta vantagens claras sobre outras formas de organizações estatais atualmente responsáveis pela execução de atividades não exclusivas.

Do ponto de vista da gestão de recursos, as Organizações Sociais não estão sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na administração pública. Com isso, há um significativo ganho de agilidade e qualidade na seleção, contratação, manutenção e desligamento de funcionários, que, enquanto celetistas, estão sujeitos à plano de cargos e salários e regulamento próprio de cada Organização Social, ao passo que as organizações estatais estão sujeitas às normas do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, à concurso público, ao SIAPE e à tabela salarial do setor público.

Verifica-se também nas Organizações Sociais um expressivo ganho de agilidade e qualidade nas aquisições de bens e serviços, uma vez que seu regulamento de compras e contratos não se sujeita ao disposto na Lei nº 8.666 e ao SIASG. Este ganho de agilidade reflete-se, sobretudo, na conservação do patrimônio público cedido à organização social ou patrimônio porventura adquirido com recursos próprios.

Do ponto de vista da gestão orçamentária e financeira as vantagens do modelo organizações sociais são significativas: os recursos consignados no Orçamento Geral da União para execução do contrato de gestão com as Organizações Sociais constituem receita própria da Organização Social, cuja alocação e execução não se sujeitam aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamentais operados no âmbito do SIAFI e sua legislação pertinente; sujeitam-se a regulamento e processos próprios.

No que se refere à gestão organizacional em geral, a vantagem evidente do modelo Organizações Sociais é o estabelecimento de mecanismos de controle finalísticos, ao invés de meramente processualísticos, como no caso da administração pública. A avaliação da gestão de uma Organização Social dar-se-á mediante a avaliação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão, ao passo que nas entidades estatais o que predomina é o controle dos meios, sujeitos a auditorias e inspeções das CISETs e do TCU." (Vantagens das Organizações Sociais. MARE. STF, 2008. ADIN n. 1923:19)

Segundo este entendimento, a Constituição da República previu pessoas jurídicas preexistentes com o fim de abarcar as possibilidades possíveis de prestadores de serviços públicos e evitar que, por meio de novas figuras jurídicas, pudesse a Administração Pública deixar de observar regras norteadoras da conduta dos agentes políticos.

Aduz, ainda, a demanda proposta que

“essas entidades terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas condições descritas em lei específica, mas, contudo, serão financiadas pelo próprio

Estado. Não estarão sujeitas aos riscos da atividade, pois tem recursos assegurados no orçamento público; não requerem investimentos prévios, nem dispõem de patrimônio próprio, eis que assumem a gestão do patrimônio público que lhes é cedido; não ampliam necessariamente a prestação de serviços, pois se prestam a substituir ente público preexistente. Permanecem públicas no que convém, mas privadas no que interessa à maior “flexibilidade de gestão”. Muda-se a roupagem sem, contudo, modificar-se a essência, exceto no que é necessário para o gozo das “vantagens” da gestão privada.” (STF, 2008. ADIN 1923:38).

Desta forma, pediram ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 e do artigo 24, XXIV da Lei n. 8.666/93, na redação dada pela Lei n. 9.648/98, tendo em vista, resumidamente:

- a permissão legal para uso de bens públicos por entidade privada sem o prévio procedimento licitatório, com violação aos artigos 22, XXVII, 37, XXI e 175 da CRFB;

- a possibilidade de edição de regulamento próprio pela OS para contratação de obras, serviços, compras e alienações com recursos públicos, independentemente de licitação, com violação aos artigos 22, XXVII, 37, XXI e 175 da CRFB;

- a violação ao princípio da legalidade, diante da dispensa de prévio concurso público para contratação de pessoal, permitindo o ingresso discricionário e irregular de pessoas que serão remuneradas com recursos públicos, com violação aos artigos 37, II e 169 da CRFB;

- a possibilidade de fixação da remuneração de sua diretoria pela própria OS, independentemente de lei, com violação aos artigos 37, *caput*, II, X e 169 da CRFB;

- a desvinculação de prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e de prévia autorização de lei orçamentária para

concessão de vantagens, aumento de remuneração, criação de cargos, empregos ou funções, alteração na estrutura de carreiras, admissão e contratação de pessoal, com violação aos artigos 37, *caput*, II, X e 169 da CRFB;

- o rompimento dos direitos à aposentadoria integral e à paridade de reajustes entre ativos, inativos e pensionistas, mediante o mecanismo de cessão de servidores efetivos para a OS contratada, com violação aos artigos 40, *caput*, e par. 4^o da CRFB;

- a exclusão do controle externo da aplicação dos recursos públicos e da gestão dos bens públicos pela OS, com violação aos artigos 70, 71 e 74 da CRFB;

- a violação da regra da complementariedade para a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, segundo a qual só seria possível recorrer à iniciativa privada para ampliar a disponibilidade de serviços de saúde, quando as disponibilidades do Estado forem insuficientes, com violação aos artigos 196, 197 e 199, par. 1^o da CRFB;

- o dever do Estado de prestação dos serviços na área da educação, com violação aos artigos 205, 206, 208 e 209 da CRFB;

- o dever do Estado de prestação dos serviços na área de proteção ao meio ambiente e ao patrimônio público, com violação aos artigos 23, 215, 216, par. 1^o, 218 e 225 da CRFB;

- a indevida limitação das funções institucionais do Ministério Público, tendo em vista o juízo discricionário conferido pela lei ao fiscal do contrato de gestão que, “*quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público*”, poderá representar ao MP, havendo indícios de malversação de bens e recursos de origem pública, com violação ao artigo 129 da CRFB;

- a inexistência de requisitos que atendam ao princípio da impessoalidade no processo de qualificação da OS, com violação ao artigo 37, *caput* da CRFB;

- a interferência estatal indevida e limitação da liberdade da pessoa privada,

tendo em vista a presença obrigatória de pessoas indicadas pelo Poder Público para ocuparem cargos no Conselho de Administração da OS, com violação aos artigos 5^o, XVII E XVII e 37, *caput* da CRFB.

6.2 – O JULGAMENTO NO STF

O julgamento do pedido de suspensão cautelar dos dispositivos desta lei foi concluído pelo Plenário do STF apenas no ano de 2007, ou seja, após nove anos da propositura da ADIN, tendo sido indeferido, por maioria de votos.

A tese majoritária encampou, no primeiro exame preliminar relativo à suspensão cautelar, as razões da Presidência da República, apresentada durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), segundo a qual as organizações sociais não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública. Configuram, segundo esta tese, pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer prerrogativa de direito público, nem podendo ser consideradas como uma forma de privatização de entes públicos, pois sua criação atende a uma finalidade social de interesse público e não a uma atividade econômica, não podendo, portanto, objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial.

Em agosto de 1999, o primeiro Relator da ADIN 1923, Ministro Ilmar Galvão, defendeu em seu voto¹ que:

“ Seja esse ou aquele o papel de tais entes, o certo é que se revela fora de dúvida que não fere a Constituição, a um primeiro e breve exame, próprio da fase vestibular dessa espécie de ação, a lei ditada, não precipuamente para criar, mas para regular a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, seja ela uma entidade da Administração Indireta do Estado ou, ao revés, simples entidade privada, de interesse social e utilidade

¹ Disponível em www.stf.jus.br

pública.”

Em relação ao artigo 1º da lei impugnada, afirmou o Relator que a Constituição impõe ao Estado o dever de garantir a saúde de todos, mas não de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impede que o faça desse modo. Tampouco elimina a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo poder público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no artigo 199 da CRFB.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o relator no entendimento de que não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação direta, tendo em vista a expressa previsão de que sua prestação pode se dar mediante a colaboração de particulares. Assim também, os Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves.

No ano de 1999, o Ministro Nelson Jobim pediu vista do processo, e a decisão do Plenário da Corte ficou suspensa até o ano de 2006, quando este profere seu voto, basicamente com a transcrição do voto do Relator, dele não divergindo, mas fazendo algumas poucas ressalvas: os contratos devem conter a forma como a autonomia será exercida, metas a serem cumpridas e controle de resultado.

Após, em 2007, o Ministro Eros Grau proferiu seu voto pelo deferimento da suspensão cautelar da lei, no qual adverte que, embora a Constituição da República autorize a execução de serviços públicos não privativos pela iniciativa privada, como a saúde, as inovações trazidas que postulam redução do tamanho do Estado são incompatíveis com os artigos 1º, 3º e 170 da CF/88.

Segundo Eros Grau:

“ Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é

antecedida de licitação. (...)

Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação. Para recebê-los, a organização social, como observa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ‘não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo titular do órgão que a supervisione...)’.

Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a ‘cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem’ (arts. 13 a 15). Uma coisa nunca vista. (...)

A circunstância de o art. 37, XXI, permitir seja excepcionada, nos casos previstos em lei, a exigência de licitação para a seleção dos que poderão celebrar contratos com a Administração, essa circunstância não libera o legislador para, discricionariamente, afastar o certame quando lhe aprouver. Permito-me tornar a dizer que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, e não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos do direito, isoladamente, mas sim o direito – a Constituição – no seu todo. Por isso, embora a Constituição sutorize o legislador a excepcionar a exigência da licitação, ele o fará, se e quando o fizer, sob as vinculações que totalidade normativa que a Constituição impõe especialmente a vinculação pela igualdade.

(...) Dir-se-á, pois que uma discriminação será arbitrária quando ‘não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível’.

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a ‘cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem’. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93, com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648/98.”.

Acompanhou o Ministro Eros Grau, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, com exceção dos fundamentos relativos ao artigo 1º da lei, objeto de voto de seu antecessor, o Ministro Moreira Alves.

É interessante observar que, na medida em que manteve pendente de julgamento por nove anos o pedido de suspensão liminar da lei, o STF assumiu, reconhecidamente, os custos associados à demora, e, nessa medida, inibiu a alternativa da declaração de inconstitucionalidade da lei, mesmo antes de sua decisão, tendo em vista a dificuldade de adoção de alternativa diversa, que anteriormente podia ser possível.

As manifestações exaradas pelos próprios Ministros demonstram que os efeitos da demora no julgamento são reconhecidos como causa militante da consolidação do modelo. Cite-se, por exemplo, o voto de apreciação da medida cautelar exarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 2007:

“Entretanto, estamos em sede de cautelar, e trata-se de uma lei editada em 1998, que está em pleno vigor desde maio daquele ano. Várias entidades e organizações sociais já foram criadas e já estão prestando serviços. Imagino que

o periculum in mora para a concessão da cautelar, em certo sentido, inverte-se e milita em favor desses entes já constituídos.

Temo que, a essa altura – transcorridos quase nove anos da existência da Lei -, se a declararmos inconstitucional, tais entidades deixarão de prestar o serviço. (grifo nosso)

Com tal argumento, o Ministro Lewandowski votou pela suspensão apenas do artigo 24, XXIV da Lei n. 8.666/93 na redação dada pela Lei n. 9.648/98, que dispensa a licitação para a contratação das Organizações Sociais pelo Poder Público.

O Ministro Marco Aurélio Mello, em voto pelo deferimento da suspensão cautelar da Lei n. 9.637/98, enfatiza:

(...) projetada a apreciação no tempo, só teremos o agravamento da situação, com surgimento de novos casos e criação de novas organizações, complicando-se ainda mais o quadro. (grifo nosso)

Finalmente, no ano de 2007, o Ministro Gilmar Mendes, que atuou como Advogado da União durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), tendo sido nomeado para o STF, em 2002, pelo então Presidente da República, pediu vista e proferiu um extenso voto pela defesa do modelo das OS e pelo indeferimento da suspensão cautelar da lei.

De início, já ressalta, em seu voto, que o julgamento da medida cautelar tinha se iniciado em 24 de junho de 1999, estando os julgadores “há exatos 8 anos imersos nesse juízo que, há muito, deixou de ser meramente cautelar. A densidade dos votos aqui proferidos o comprova”.

Neste passo, adverte, ainda, Gilmar Mendes: “As normas questionadas datam do ano de 1998, estando em vigor, portanto, há quase 10 anos. Estamos,

como se vê, diante de um típico periculum in mora inverso.” (grigo nosso)

Após, trata de contextualizar as Organizações Sociais na Reforma Gerencial do Estado no Brasil e na América Latina, ainda em implementação, segundo o Ministro, no ano em que o voto foi proferido. Defende, com base na Declaração de Madrid, aprovada em 1998, que a Reforma Gerencial do Estado não faz parte apenas da pauta político-administrativa brasileira, mas tem sido implementada em diversos países, principalmente no contexto latino-americano, com vistas a tornar a gestão pública mais ágil e flexível frente aos novos desafios de nossa complexa sociedade. Aduz, *in verbis*:

“Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão”.

Ainda com base na supracitada Declaração, defende que o governo não pode ser tornar uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial. Segundo o Ministro, o esgotamento do modelo estatal intervencionista e a patente ineficácia e ineficiência da administração pública baseada em *“um vestuto modelo weberiano”*, assim como a crise fiscal, todos observados na década de oitenta, tornam necessária a redefinição do papel do Estado brasileiro e sua reconstrução nos moldes de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas. O Estado deveria, então, no entender do Ministro, deixar de ser interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.

Assim como propugnado pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do

Estado (PDRAE), lançado pela Presidência da República em 1995, o Ministro Gilmar Mendes distingue, em seu voto, a reforma do Estado, que condiz com um projeto mais amplo relacionado a várias áreas do governo e ao conjunto da sociedade brasileira, da reforma do aparelho do Estado, cujo escopo é mais restrito, orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.

Defende que as Organizações Sociais traduzem um modelo de parceria entre Estado e Sociedade para a consecução de interesses públicos, com ampla participação social, sendo que o poder público mantém o controle estratégico das atividades publicizadas. Neste processo de publicização, determinadas entidades estatais são extintas e suas atividades são absorvidas por entidades privadas qualificadas como OS, que celebram com o poder público contratos de gestão, cuja principal função é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades.

Sobre a implementação nos Estados-membros da Federação, o Ministro relata a experiência de São Paulo, citando o exemplo da Associação das Pioneiras Sociais (APS), apto a afastar, em seu entender, a necessidade de concessão da medida cautelar de suspensão da Lei n. 9.637/98.

A APS é a instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor, e foi instituída como Serviço Social Autônomo pela Lei n. 8.246/91, com o objetivo de testar um modelo novo de organização da assistência médico-hospitalar, mediante contrato de gestão. Para tanto, incorporou patrimônio público pertencente à União.

Desde então, segundo Gilmar Mendes,

“ A APS tem perseguido com determinação e implantação de elevados padrões éticos de comportamento funcional e administrativo instituídos pela Lei n. 8.246/91, de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União. A APS tem conseguido implementar as metas operacionais explicitadas no contrato de gestão após todos esses anos de experiência.

(...) O modelo de contrato de gestão estabelecido pela lei impugnada – Lei n. 9.637/98 – baseou-se amplamente nesse sistema de gestão instituído pela Lei n. 8.246/91.”

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau, embora tenha se pautado em argumentos jurídicos para outrora votar pela suspensão da lei (acima transcritos), decidiu mudar seu voto, durante a sessão do Plenário, para negar a liminar, invocando exemplos de contratos de gestão, no seu entender, bem-sucedidos, como este do Hospital Sarah: *“O Ministro Gilmar Mendes traz novos e substanciais dados da realidade dos quais eu não tinha conhecimento quando votei”*.

Questionou, então, o Ministro Joaquim Barbosa, aquele que acompanhara seu voto:

- Ministro Eros, a excelência do Hospital Sarah Kubitschek antecede, em muito, ao instituto das organizações sociais. Não foi esse o instituto que lhe conferiu excelência.

Ainda assim, justifica o Ministro Eros Grau:

- De qualquer modo, gostaria de insistir no seguinte: além desta realidade, do Hospital Sarah, há inúmeras outras instituições de saúde; há instituições – fiquei sabendo posteriormente -, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, que são organizações sociais. (...) Nenhum dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao mérito me convence. Nenhum deles. Continuo plenamente convicto de que uma série de preceitos da lei é afrontosa à ordem constitucional. Ao lado das instituições exemplares, no âmbito da saúde e da ciência e tecnologia, há situações escandalosas, Como, por exemplo, a de uma organização social no Distrito Federal que, em oito anos, teria movimentado mais de três bilhões de reais.

Em suma, essas circunstâncias, associadas à impossibilidade de nesse momento processual separarmos o joio do trigo, fazem-me reconsiderar meu voto.

Enfim, a liminar foi negada, por maioria. Todavia, os pedidos aduzidos na ação ficaram pendentes de julgamento definitivo pelo Plenário desta Corte durante dezesseis anos (até o ano de 2015). Enquanto isso, a lei federal permaneceu em vigor, produzindo efeitos, e serviu de base para a edição das leis estaduais e municipais que autorizaram e regulamentaram contratos de gestão com Organizações Sociais, em boa parte do território nacional.

Nos processos de controle concentrado de constitucionalidade propostos perante o STF, o Ministério Público faz uma intervenção obrigatória. Nestes, a Instituição é representada pelo Procurador-Geral da República (PGR), Chefe do Ministério Público da União. O parecer exarado pelo PGR representa a opinião ministerial, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade da norma questionada, embora não seja vinculativo em relação aos demais órgãos do MP nacional.

Nesta ADIN 1923, o Procurador-Geral da República foi favorável ao Programa Nacional de Publicização e ao modelo de governança por OS, entendendo possível o exercício de atividades-fim do Estado, como a saúde, por estas entidades, dentro do que classificou como uma evolução do direito administrativo para a legitimação do chamado “Estado pós-social”, em moldes gerenciais, substituto do “Estado Providência” legitimado pelo direito administrativo clássico, o qual, segundo ele, *“trafega por uma crise”*.

Em seu parecer, o PGR repete a retórica da Presidência da República e justifica a *“fuga para o direito privado”* na busca pela eficiência administrativa: *“a Administração Pública procura desesperadamente reencontrar a sua eficiência, nomeadamente por meio de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil”*.

Todavia, aduz que a solução exige um regime jurídico que, embora não seja

público, não pode ser privado, “*nos termos que ordinariamente se apresentam*”, exigindo-se, portanto, a submissão a certas normas e princípios gerais do Direito Público.

Neste passo, posicionou-se pela exigência de justificativa prévia da Administração Pública em relação à adoção do regime jurídico-privado para prestar o serviço, decisão que não pode ser reservada a um mero juízo de conveniência do administrador. Há que se ter um “*ambiente propício ao controle de suas razões*”. Neste ponto, aponta que a Lei n. 9.637/98 não prevê regras que permitam o controle do processo de transferência da atividade para a OS.

Da mesma forma, ressaltou a necessidade de controle em relação ao processo de qualificação da OS, apto a fiscalizar o atendimento de “*níveis republicanos de comportamento*”, com a adoção de critérios isonômicos e impessoais na captação daqueles que exercerão o papel estatal:

“O contrato de gestão, portanto, somente pode ser firmado com o personagem que tenha sido eleito após resultado de um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter as mesmas chances de contratar como Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura de melhor executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social. (STF, 2008. ADIN 1923)”

Ainda nesta linha, colocou a importância de que a contratação atenda, com publicidade e decisão fundamentada, um processo público de deliberação, a que todos os interessados (seja em contratar, seja pelo prisma da população a ser atendida) tenham acesso e voz.

Todo o argumento em relação ao padrão republicano de trato da *res publica* foi desenvolvido para o PGR defender a procedência parcial dos pedidos formulados na ADIN, com a declaração da inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos

dispositivos da Lei n. 9.637/98 que conferem discricionariedade ao administrador para qualificar a OS (artigo 2^o, II) e flexibilização do controle externo do processo pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público (artigos 9 e 10). Defendeu, ainda, a inconstitucionalidade do artigo 24, XXIV da Lei n. 8.666/93 na redação dada pela Lei n. 9.648/98, que dispensa o Poder Público de licitar para contratação da OS, ao argumento de que o dispositivo “*contradiz a justificativa teórica da Lei 9.637/98*” (a procura pela opção mais eficiente).

Cada ente federado que adotou o modelo de gestão por OS na saúde, apresentou peculiaridades no contexto, na forma e nas regras de implantação do modelo. Isso é possível, desde que não contrariem as normas gerais previstas na Lei n. 9637/98 e no ordenamento pátrio com um todo, em especial nos princípios da administração pública, insculpidos no artigo 37 da CF/88.

É importante, entretanto, notar como a organização e as prerrogativas dos membros do Ministério Público permitiram que diversas ações propostas perante tribunais de justiça estaduais (tópico 9) questionassem a validade de leis locais que reproduziram o conteúdo da Lei n. 9637/98, em níveis estadual e municipal. Embora o parecer não seja vinculativo, conforme já exposto, ele veicula a *opinio* do Ministério Público perante a Corte Suprema, cuja decisão será vinculativa em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Imagine-se a perplexidade gerada nos demais atores políticos pela falta de uniformidade de posicionamento institucional, em relação à redefinição do papel do Estado. Espera-se, entretanto, que esta diversidade e independência possam ser instrumentos úteis para a oxigenação e evolução do sistema de justiça e de sua jurisprudência.

Com efeito, a disputa entre projetos políticos divergentes em relação ao papel do Estado e a reforma da administração pública, pautou a interpretação e a decisão dos Ministros do STF em relação à lide, conforme ilustra o voto do Ministro Luiz Fux exarado na ADIN 1923:

E ainda que os olhos sejam postos na relevância de

que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

*É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das **maiorias políticas prevalecentes**, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas têm de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos **divergentes**, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).” (grifo nosso)*

O trecho transcrito acima revela, claramente, a natureza política do voto. Extrai-se a assunção do propósito de permitir um pensamento político, em relação à redefinição do papel do Estado, que, no entender do Ministro Fux, era dominante.

Finalmente, no ano de 2015, em julgamento definitivo, os Ministros do STF, acompanhando, em maioria, voto da lavra do Ministro Luiz Fux, entenderam que o modelo de gestão por Organizações Sociais é válido e possível, e declararam a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, desde que interpretada conforme a Constituição Federal para que:

1- o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

2 - a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

3 - as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

4 - os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

5 - a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

6 - para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Divergiram os Ministros Marco Aurélio Mello e Rosa Weber, que entenderam o modelo inconstitucional.

6.3 – O IMPACTO SOBRE AS DEMAIS INSTITUIÇÕES DE CONTROLE PÚBLICO

O presente estudo indica que os efeitos produzidos pela demora no pronunciamento definitivo do STF, em relação à constitucionalidade do modelo, influenciou a forma como o Ministério Público vem atuando em relação ao tema.

A pesquisa realizada com Membros do Ministério Público de São Paulo revelou que a indefinição da Suprema Corte, traduzida na demora do julgamento definitivo da ADIN 1923, produziu efeitos evidentes na atuação ministerial, seja pela estratégia que cada Promotor de Justiça adotou, seja pela inação que a espera

provocou. Demonstra que o atuar (ou a inércia) da Corte Suprema, pautou a estratégia adotada pelos membros do *Parquet*, pois a lei manteve-se produzindo efeitos, desde sua publicação, em 1998.

A seguir, sistematizam-se algumas percepções dos agentes entrevistados. O promotor 1 foi enfático ao declarar que a pendência do julgamento do STF, por tantos anos, provocou evidente insegurança jurídica para os membros do Ministério Público e, ainda, insegurança para o sistema. Relatou, ainda, que a demora no julgamento pelo STF permitiu a expansão da implantação do modelo no Estado de São Paulo, de forma que o MPSP passou a se concentrar em fiscalizar a prestação dos serviços pelas OSs, ao invés de impugnar o modelo por questões de constitucionalidade ou mesmo ideológicas:

“A demora do julgamento da ADIN influenciou muito a atuação do MP e a política local porque deixou um vácuo jurídico grande. Eu, por exemplo, que nunca achei o modelo de OS inconstitucional, tinha dificuldade para defendê-lo. Havia muita insegurança jurídica. O direito hoje está muito principiológico e não se sabe como será a decisão judicial. No caso das OSs, esta insegurança foi fundamental, pois levou os gestores a quererem implementar o modelo, já que não havia proibição, diante da não concessão da liminar, bem como gerou insegurança para os promotores que não sabiam se era melhor impugnar ou não, incidentalmente, o modelo.” (grifo nosso)

O promotor 2 ressalta que a discussão sobre o tema ficou paralisada no âmbito do MP porque, *in verbis*, “o STF não julga se (o modelo) é constitucional ou não. Por isso a gente fica meio parado.”

O promotor 3 manifestou-se contra o artigo 24, XXIV da Lei n. 8.666/93, na redação dada pela Lei n. 9.648/98, que permite a dispensa de licitação para a contratação de Organizações Sociais pelo poder público, nos seguintes termos:

“O grande problema é o fato das OSs serem contratadas sem licitação. Apesar da decisão do STF, em não suspender a lei, e da demora no julgamento definitivo, eu entendo que a lei é inconstitucional. Em São Paulo já existem muitas

entidades que podem prestar o serviço, logo há possíveis concorrentes. Além disso, a quantia repassada para as OSs é vultosa! É temerário que seja sem licitação! Mas como tem a decisão do STF [de não conceder a liminar para suspender a lei] e a alteração do artigo 24 da lei de licitações está em vigor, então não dá pra fazer nada em relação à contratação.”

O promotor 4, apesar de entender que o modelo é constitucional e que o Ministério Público não tem legitimidade para o controle da política pública, foi incisivo em relação à influência da demora no julgamento:

“Claro que a demora no julgamento da ADIN influenciou a atuação do MPSP! Ela estabeleceu uma dúvida que tornou absolutamente impossível a propositura de ação com base neste modelo. Se o STF disser que é inconstitucional, então tenho que propor várias ações para anular os contratos. Se disser que é constitucional, então tenho que fiscalizar para que o modelo seja, realmente, implantado no todo, o que inclui os necessários mecanismos de controle. Com o STF não decidindo, a mensagem que recebo é a seguinte: esta lei é constitucional. Por isso, estamos no pior dos mundos, porque ele não julgou, ou seja, a lei está em vigor, mas não sabemos qual é o sistema de controle dos contratos.” (grifo nosso)

Declarou, ainda, que, enquanto a decisão do STF estava pendente, os contratos de gestão com Organizações Sociais se proliferaram pelo Estado de São Paulo.

O promotor 5 revela que, durante muito tempo, os membros do MPSP preocuparam-se em discutir a constitucionalidade do modelo, sendo que, em sua opinião, atualmente, era necessário que se preocupassem com a implantação do modelo.

Finalmente, o procurador-geral aduziu que, embora o modelo de gestão por OS pudesse ser impugnado de forma incidental nas ações civis públicas propostas pelo MP, as consequências da indefinição do STF, via controle concentrado de constitucionalidade, poderiam ter sido evitadas.

Como é cediço, no Brasil, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pode se dar pela via difusa, no qual o juiz ou tribunal declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade, no bojo de qualquer processo, deixando de aplicar a norma apenas para aquele caso concreto *sub judice*. Pode se dar, ainda, pela via concentrada, na qual o Supremo Tribunal Federal julga acerca da constitucionalidade da lei federal ou estadual, em ações autônomas, produzindo efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Embora o modelo tenha sido impugnado, de forma incidental, por membros do MPSP, na defesa da inconstitucionalidade de leis municipais locais que autorizaram a contratação de OSs para atuar na saúde pelas Prefeituras, esta estratégia não foi uniforme, havendo promotores de justiça que optaram apenas pela fiscalização da implantação do modelo, conforme acima se expôs.

Por outro lado, algumas iniciativas paradigmáticas de impugnação judicial pelo MPSP do modelo, pela via difusa, não encontraram respaldo do Poder Judiciário². Entre elas, cite-se a Ação Civil Pública proposta pelo GAESP - Grupo de Atuação Especial em Saúde Pública, que questionou a criação das AMAS (Unidades de Assistência Médica Ambulatorial) pelo Município de São Paulo, através da celebração de contratos de gestão com Organizações Sociais. A demanda imputava ao Município a privatização indevida dos serviços de saúde:

“É patente que o governo municipal, de forma rápida e galopante, deu início à terceirização da prestação dos serviços públicos de saúde que eram prestados diretamente pelo Poder Público, mesmo antes da aprovação da Lei nº 14.132/06, que prevê que pessoas jurídicas de direito privado, denominadas (qualificadas como) organizações sociais, poderão assumir a execução dos serviços municipais de saúde, mediante contratos de gestão.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 583.53.2006.116598-0)

Argumentava, ainda, pela violação dos princípios do Sistema Único de Saúde e de proteção ao patrimônio público, em resumo: a) pelo descumprimento da regra constitucional que determina a prestação dos serviços do Sistema Único de Saúde

² jurisprudência do TJSP analisada

diretamente pelo Poder Público; b) pelo indevido repasse de bens públicos a instituições privadas; c) pelos gastos de recursos públicos sem processo de licitação; d) pela seleção de parceiros sem a realização de licitação.

Esta ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2007, com fundamento nos argumentos que o STF usou para indeferir o pedido liminar de suspensão da Lei n. 9.637/98, mesmo antes do julgamento definitivo (ou seja, ainda sem efeito vinculativo da decisão em relação aos demais tribunais). Vários trechos dos votos dos Ministros foram transcritos na sentença judicial paulista.

Observe-se, portanto, que, como consequência do incentivo produzido pela indefinição da Corte Constitucional, os membros do MP foram induzidos a uma ou outra alternativa.

Conforme revelado nas entrevistas, os Promotores de Justiça declaram, unanimemente, que não fazia sentido impugnar o modelo enquanto o STF mantivesse a ADIN 1923 pendente de julgamento. Foi uma opção que bloqueou outras alternativas (inflexibilidade).

Na capital do Estado do Rio de Janeiro, o modelo de gestão municipal por OS na saúde não chegou a ser questionado pelo MPRJ, em tese, pela via incidental, enquanto a ADIN 1923 estava pendente de julgamento. A estratégia adotada foi o acompanhamento das seleções e contratações das OSs, optando-se por impugnar as irregularidades cometidas em cada contrato, conforme se mostrará a seguir no tópico referente às estratégias de atuação do MP.

Os impactos que a demora do julgamento produziram não se fizeram sentir apenas no atuar do MP. Julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo revelam que também a corte de contas condicionou suas decisões, à espera de uma definição, embora mantivessem a expectativa que o MP oxigenasse o debate ao longo do tempo, como se observa no diálogo entre conselheiros:

- Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues:

Há outra preliminar que aqui é agitada pelo Ministério Público, que eu não considero prejudicial, pode ser até avaliada junto com o mérito, e se refere à constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais.

A matéria propriamente não é nova, mas ela sempre surge apropriadamente, é sempre importante a discussão, não desaparece. Mas quero registrar que existe uma ação direta de inconstitucionalidade - o Ministério Público sabe disso -, está no Supremo Tribunal Federal, na verdade, há quatorze anos, de 1/12/1998. Foi uma ADIN proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo PDT contra diversos dispositivos da Lei Federal 9637.

Até o momento o processo conta com dois votos, do Ministro Ayres Britto, eminente Relator, pela procedência parcial, e do Ministro Luiz Fux, igualmente pela procedência parcial, com vista dos autos aberta ao Ministro Marco Aurélio de Mello. Vai demorar um pouquinho.

Aqui também a matéria foi agitada por iniciativa do Conselheiro Antonio Roque Citadini, no TC-32564, em 2002, V. Exa. deve lembrar disso; foi argüida a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 6º da Lei Complementar 846, lei estadual relativa à dispensa de licitação para celebração de contratos de gestão.

Na ocasião, fomos vencidos V. Exa., eu e o Conselheiro Eduardo Bittencourt, prevalecendo o entendimento da Casa de que a lei seria, pelo menos até manifestação posterior, constitucional. Entendo, a lei está em vigor, é do direito positivo, não foi impugnado pelo Supremo Tribunal Federal, e me parece que seria ocioso, até um pouco temerário reabrir a discussão sobre o tema. Vamos respeitar o

que o Tribunal decidiu, mas peço que o Ministério Público continue atento ao tema e sempre volte a ele para nos estimular a discuti-lo.

- Conselheiro Antonio Roque Citadini- Apenas para agregar a isso, houve uma decisão como o Conselheiro bem lembrou, que recusou a negar o cumprimento por inconstitucionalidade da lei. Então, nem sei se o Ministério Público tinha conhecimento desse referido caso. Para os nossos efeitos, até que o Supremo decida, nós não podemos negar algo que nós já decidimos em votação histórica, em que todos tinham razão, e nós perdemos.

Mas a verdade é que já há uma decisão deste Tribunal no sentido de que não negava a constitucionalidade daquela regra de dispensa até quando o Supremo decidir. Portanto, acho que V. Exa. está correto e pode ser adotado esse caminho, até a decisão do Supremo sobre a matéria. (SÃO PAULO, 2011. TCE-SP. 25a sessão ordinária do Tribunal Pleno, realizada em 05 de setembro de 2012. PROCESSO – eTC-000874.989.12-2, Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues)

Observe-se, portanto, que, embora o TCE-SP já tivesse se manifestado favoravelmente à constitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 846/98, que regulamentou o processo de qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como Organizações Sociais (TCE-SP - Processo TC 32564/2002), os debates revisionais posteriores restaram condicionados ao julgamento da ADIN 1923. Enquanto isso, a lei produziu efeitos e consolidou o novo modelo de governança no estado.

Neste aspecto, se torna evidente como as consequências das ações dos membros do MP foram altamente dependentes das decisões e ações de outros atores (o Supremo Tribunal Federal), cuja trajetória escolhida impediu resultados que

poderiam ser possíveis, a partir de outras alternativas relacionadas não necessariamente ao conteúdo da decisão final (ineficiência potencial da trajetória). Mesmo antes do efeito vinculativo da decisão final do STF (produzida desesseis anos depois da propositura da ação), o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas, ambos do Estado de São Paulo, já optavam por entender a lei estadual constitucional, com base nos argumentos usados apenas para negar a suspensão cautelar da lei federal. Não houve, portanto, uma necessária vinculação da trajetória com o conteúdo final da decisão proferida pelo STF na ADIN 1923-DF, mas sim com os efeitos produzidos pela demora do julgamento ou indefinição da situação. Isso limitou os horizontes de autuação ao MP.

Observe-se, entretanto, que, em uma análise preliminar que se faz para a suspensão da norma, não há necessidade de exame profundo do mérito da causa. Diz-se, na doutrina do direito processual, que se faz um juízo de cognição sumária. O que se analisa é apenas a necessidade de suspensão cautelar da lei, até que a ação seja julgada pelo plenário da corte. Não há efeito vinculativo no conteúdo desta decisão preliminar do STF, apenas matêm-se a lei em vigor. Ainda assim, a pesquisa demonstrou que a influência do atuar da Corte se fez sentir, dando azo à consolidação do modelo de gestão por meio de OS. Mantida em vigor por longos desesseis anos, durante o processo da ADIN 1923-DF, os contratos de gestão se proliferaram, tornando cada vez mais difícil a retomada pelo gestor público dos serviços e unidades já terceirizados.

7. A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA LOCAL NA ATUAÇÃO DO MP

Conforme acima exposto, a concepção e implementação no Brasil do modelo de governança por OS insere-se em um contexto mais geral de reformas administrativas em vários países, tendentes a ampliar a participação privada na execução de funções do Estado.

No Brasil, tiveram como ponto de partida o Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995 (MARE). Na mesma linha, o governo do Estado de São Paulo, em 1998, durante a gestão do Governador Mário Covas, lançou o modelo dos contratos de gestão com Organizações Sociais, inicialmente como estratégia para a ampliação da assistência hospitalar. As bases do modelo paulista foram positivadas na Lei Complementar Estadual n. 846/98 (SÃO PAULO, 1998), que replicava a Lei Federal n. 9637/98.

De início, a LCE 846/98 foi aprovada com a permissão de adoção do modelo apenas para novas unidades de saúde (artigos 6^o, par. 5^o e 14, par. 4^o). Pahim (2009) cita que a vedação da contratualização de unidades já integrantes da rede pública de saúde foi oriunda de intenso debate entre partidos políticos, segmentos de usuários e o movimento sindical, em audiência pública que discutiu o Projeto de Lei Estadual n. 3/98 que deu origem à referida LCE.

A despeito desta pactuação, em 2009, por iniciativa do Governador José Serra, secretariado na pasta da saúde pelo Dr. Luiz Roberto Barradas Barata, a LCE foi alterada para ampliar a abrangência do modelo de OS para unidades de saúde estaduais já em funcionamento. Esta autorização permitiu que unidades que eram geridas diretamente pelo Governo do Estado de São Paulo pudessem ser geridas por OSs.

A implantação do modelo pelo Governo do Estado de São Paulo abriu caminho para as Prefeituras, em especial para a Capital.

Pahim (2009) esclarece que o período de implantação do modelo de OS no Estado de São Paulo (entre os anos de 1997 e 2008) foi marcado por um aumento de

receitas destinadas à Saúde pelo governo, o que propiciou a conclusão de onze novos hospitais e a construção de diversas outras unidades de saúde próprias, todos incorporados ao modelo de OS. Segundo ela, este aumento se deu em razão das transferências federais específicas para a Pasta Saúde (o Estado de São Paulo passou a ser gestor pleno do sistema estadual de saúde em 2004) e, também, pelo aumento de receitas próprias do estado destinadas à saúde (Emenda Constitucional 29/2000).

Em estudo que analisa a gestão financeira do modelo de gestão da assistência à saúde por Organizações Sociais pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, Pahim aponta que os valores gastos com contratos de gestão (ou convênios deste mesmo tipo) mais do que dobraram, entre 2002 e 2007, enquanto que os gastos cuja gestão se dá diretamente pela secretaria se mantiveram inalterados (exceto em relação à compra de medicamentos), o que demonstra o expressivo ganho de espaço do novo modelo de gestão no orçamento da secretaria. O estudo demonstrou, ainda, que as despesas relacionadas aos gastos com pessoal ficaram estagnadas e houve uma queda no contingente de servidores.

Conclui Pahim (2009) que:

A situação favorável das finanças públicas estaduais forneceu os recursos financeiros para viabilizar a decisão do governo estadual de ampliar o raio de atuação do modelo, tornando-o a forma por excelência de expansão do sistema de saúde na esfera de atuação do Estado. Comparando-se a importância do modelo OSS no orçamento da Saúde vis-à-vis as demais formas de gestão, observa-se que seu crescimento se deu em detrimento dos convênios tradicionais que embasam a forma predominante de envolvimento do setor privado no Sistema Único de Saúde e, em termos relativos, da gestão direta de serviços, cujo valor apenas acompanhou a inflação ao longo do período.

O presente estudo, portanto, analisa a influência da política local na atuação do Ministério Público, tomando como referência, basicamente, os dados obtidos nas

entrevistas realizadas com os Membros do Ministério Público de São Paulo, conforme a metodologia já descrita no tópico 5. Aqui, **a percepção dos entrevistados se revela como o aspecto central da análise.**

Neste ponto, o objetivo inicial da pesquisa era investigar de que forma a trajetória da política e seus arranjos influenciaram a eleição das estratégias de uma instituição que, em tese, deve pautar suas decisões em razões de ordem técnica (jurídica). Constatou-se, com as entrevistas, que esta influência não se resume aos rumos assumidos pela política e seus atores, mas também se deve aos valores e às preferências políticas que cada membro do MP possui, de acordo com sua condição de cidadão. Embora a instituição busque, em seu atuar, se manter equidistante e imparcial em relação a disputas político-partidárias, cingindo-se à aplicação da lei, a pesquisa revelou que a interpretação dos fatos e a eleição da forma de atuar pelo Promotor de Justiça estão ligadas, ao lado do Direito, à percepção que ele tem do jogo político e das crenças que desenvolve em sua formação e interação social.

Berclaz (2016) resume com precisão esta constatação ao lembrar que o modelo de seleção dos Membros do Ministério Público brasileiro, por ser objetivo, impessoal e pautado em “*critérios técnicos de pretendido mérito*”, não pode traçar o perfil ideológico de seus integrantes. Assim também ocorre com as demais instituições do sistema de justiça, como o Poder Judiciário e a Defensoria Pública.

Desta forma, entende o autor como evidente a existência de grande heterogeneidade de pensamento e formas de atuação entre eles. Defende necessária a realização de um diagnóstico capaz de demonstrar a diversidade de “*pensamentos e posicionamentos sobre o direito, a realidade e o mundo entre os homens e mulheres do Ministério Público brasileiro*”, a fim de que, a partir do debate e de maior permeabilidade com a sociedade, deva ser construída maior unidade institucional, sem prejuízo da independência funcional de cada integrante.

De qualquer sorte, a pesquisa também revela que, independentemente das preferências políticas de cada um, a forma mais ou menos democrática como o gestor conduz o processo político de implantação de seus projetos e programas também pautou os rumos seguidos pelos Promotores de Justiça.

A fala do promotor 5 é emblemática em relação ao que se constatou:

“A idéia no Brasil [de criação da Organização Social na saúde] veio do Fernando Henrique Cardoso, com o Ministro Bresser Pereira. Veio com a idéia de Estado Mínimo do neoliberalismo. O Bresser, hoje, escreve que reviu a posição dele. Aliás, para uma pessoa defender, atualmente, o Estado Mínimo precisa ter muita má-fé. O Estado Mínimo se revela uma tragédia para as classes populares. Quem precisa do Estado são os mais pobres. Quando se fala em Estado Mínimo, joga-se uma grande massa na miséria. Essa história chega em São Paulo com Mário Covas. Todos tucanos. São eles os arautos do neoliberalismo no Brasil. O PT até continuou esta política, depois disso... Bom, eles diziam que o Estado era incompetente e que a iniciativa privada sabia fazer mais e muito mais barato. Entendem que não precisa contratar por concurso público, nem fazer licitação. Aquele papo furado! E a mídia joga muita importância na idéia do Estado Mínimo, pois reverbera o que o sistema financeiro e a burguesia internacional quer. Então, venderam para a população de São Paulo que seria muito melhor [a entrega de serviços de saúde para as OSs]. Lembro que divulgaram que os hospitais seriam administrados pelo Einstein. Daí fui conhecer uma das primeiras unidades que o Einstein administrou. Foi uma AMA em Campo Limpo. Era um lugar nojento! Quando começamos a atuar para melhorar as condições, a unidade fechou. Hoje, percebo que somente uma pessoa muito cretina pode continuar a debater essa história de Estado Mínimo e desregulamentação. O problema é que, quando se quebra com essa idéia, não há o que colocar no lugar. Estamos em um momento complicado. (...)

A idéia do Kassab [Gilberto Kassab, Prefeito de São Paulo por duas vezes, entre 2006 e 2012] era entregar tudo para as OSs e ficar com um pequeno grupo só para fiscalizar os contratos. A idéia do Haddad [Fernando Haddad, atual Prefeito de São Paulo, eleito em 2012] era ir retomando, aos poucos, o serviço entregue às OSs para a administração direta. (...)

O MP faz uma atuação política, mas não partidária. Por isso não podemos fechar os olhos para o fato de que determinados partidos fazem uma política voltada para a terceirização, como o DEM e o PSDB. O PT veio com uma nova proposta de

ir substituindo as OSs, mas não conseguiu implantá-la. E a mídia monopolista fica o tempo todo fazendo oposição à Prefeitura do PT. Ela esmaga o Prefeito de tal forma que fica difícil dele atuar.

*Eu tenho mais facilidade, hoje, de lidar com o Prefeito do que tinha no passado. Por exemplo, há anos atrás o Governo do Estado entrou com a Polícia Militar nas crackolâncias e usaram de violência com os usuários de crack. Tivemos que entrar com uma ação civil pública para buscar um tratamento digno para essas pessoas. Conseguimos a liminar. Depois, a Secretaria de Estado de Saúde começou a promover internações psiquiátricas em massa. Fomos contra. Enfim, essa é a política do PSDB. Já a Prefeitura [do PT] vem com outra linha de não internação, criando estrutura de saúde pública nas áreas das crackolâncias, **em parceria e interlocução conosco, com a sociedade e, principalmente, com os usuários.** As propostas são discutidas e votadas. Eu e outros promotores participávamos de tudo. Isso não acontece com o PSDB. **A forma de fazer política é diferente e ela influencia, totalmente, a nossa forma de atuar no MP. Com a SES, não se tem oportunidade de diálogo. Se bem que, agora entrou um novo secretário e as coisas estão começando a mudar, pois estamos conseguindo um palco para buscar consenso no caso que envolve a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo [uma organização social], com estratégia articulada com o Ministério da Saúde, a Secretaria de Estado de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde. Negociação aberta e livre, inclusive por telefonemas.**” (grifo nosso)*

Assim também o promotor 2 segundo:

“Há poucas investigações nas Promotorias de Patrimônio Público em relação aos contratos da Secretaria de Estado de Saúde. O TCE daqui fiscaliza pouco. O Governo do Estado – o mesmo grupo há vinte anos - é monolítico e decidiu resolver o problema da saúde, vendendo-a. As OSs são arte dessa gente. Em relação ao Município, há mais investigações porque há maior rotatividade entre os partidos. Então, quando um entra, começam as denúncias pro MP.”

Por outro lado, há um reconhecimento de certa omissão ou inércia por parte do MP em relação à trajetória de implantação do modelo de governança por OS em São

Paulo, **ainda que este reconhecimento seja justificado pelos próprios interlocutores com base no desconhecimento da matéria e na surpresa em relação à inovação da gestão.** Segundo o promotor 4 o processo de implantação das OSs em São Paulo não foi discutido pelos gestores. Afirma que **“o MP ficou atônito”**, devido à formação profissional de seus integrantes, todos bacharéis em Direito, ou seja, com formação jurídica que não lhe capacitou para aferição de todos os aspectos que o novo modelo envolvia. Alega que a preocupação institucional foi, durante muito tempo, debater acerca de aspectos jurídicos, como a constitucionalidade, sem o apoio de outros profissionais que pudessem opinar, por exemplo, em relação à economicidade e às metas contratuais. Vê nesta deficiência a causa da ausência de uma estratégia eficaz de controle dos contratos por parte do MP. **“Quando já estava tudo terceirizado, fica impossível voltar para trás, porque os gestores criam uma crise e apresentam a conta para o MP. Nós ficamos atônitos. Há responsabilidade política nisso”**.

Cita como exemplo um caso que envolveu Unidades de Terapia Intensiva Pediátrica, no qual relata: *“o gestor me indagou: “Doutor, eu vou contratar, senão as crianças vão morrer”. E aí, o que o promotor faz? Deixa as crianças morrerem? O cara cria essa situação, ele cria o caos para criar a emergência.”*

Ainda na linha da surpresa para lidar com o novo modelo das Organizações Sociais, opina o procurador-geral;

*“Não acho que a política local do governo influenciou a atuação do Ministério Público de São Paulo. O que acredito é que, quando da implantação do modelo, houve omissão, mas não do MP, e sim de qualquer juízo crítico que se pudesse fazer sobre o modelo. **Imperou muito mais o desconhecimento do que a crítica.** A comunidade jurídica, no início, enxergou o modelo como uma experiência assistencialista ou filantrópica, imaginando que estaríamos mais diante de um modelo como o da Santa Casa do que propriamente diante da terceirização da atividade primária do Estado. Eu, pessoalmente, fui crítico desde a edição da lei. Fiz um estudo crítico nos anos 90. Mas o senso médio foi de omissão mesmo, sem qualquer crítica ao MP, pois ele não tem como se apropriar de um conhecimento que não estava oferecido ou acessível. Pareceu-me, inclusive, que não houve senso*

crítico por parte das categorias profissionais de saúde. Pelo menos, não me recordo de nenhum movimento. Desta forma, o modelo foi implantado e o MP só começou a lidar com ele, quando ele começou a dar problema.”

Em pesquisa realizada com membros dos MPs Federal e Estadual, no Estado do Rio Grande do Sul, sobre a atuação da instituição em prol da efetivação do direito à saúde e da continuidade das políticas públicas, Asensi e Pinheiro (2013), apontam os desafios que estes profissionais enfrentam em relação a temas não comuns ao saber jurídico, e inerentes à própria formação acadêmica pautada no ensino jurídico tradicional:

“A outra dificuldade é que nós da área do Direito não somos formados pra atuar na área de políticas públicas. A nossa formação jurídica – a lógica do direito é uma lógica binária – é a lógica do “tem direito ou não tem direito”. Na saúde pública, assim como outras áreas de políticas públicas, a lógica é outra: é a lógica de buscar a melhor solução dentro do que está disponível do ponto de vista técnico, financeiro, de recursos humanos – é buscar este possível (membro do MPRS)”. (Asensi e Pinheiro, 2013: 43).

Atualmente, entretanto, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo defende que bons resultados têm sido obtidos pela atuação do MPSP na seara da terceirização da saúde e de proteção ao patrimônio público, embora justifique as atuais dificuldades na deficiência dos Tribunais de Contas, que ainda estão evoluindo no controle dos contratos das OSs: *“Temos um problema estrutural porque o MP nunca replicará uma estrutura de auditores, típica do Tribunal de Contas. Nossa atuação será sempre supletiva e a atuação será sempre a posteriori do dano já praticado.”*

Observe-se, portanto, que, ao lado do Poder Judiciário, também em relação ao Poder Executivo e aos Tribunais de Contas, os Membros do Ministério Público trazem à tona a importância dos efeitos das interações dos atores sobre a política. A partir da perspectiva do institucionalismo histórico, é importante notar, na percepção dos entrevistados, a responsabilidade que reservam para a instituição, a partir do

papel e das estratégias dos demais atores, nos rumos e na modelagem das decisões políticas.

A lição de Bernardi (2012) se acopla, oportunamente, para a análise sustentada neste estudo:

Na política, as consequências das ações dos atores são altamente dependentes das decisões e ações de outros atores, o que gera uma necessidade de ação coletiva seja para obter bens públicos, seja para exercer influência política sobre o Estado na produção de leis ou mesmo para obter um resultado do tipo winner-take-all, como uma vitória eleitoral. A ação coletiva, por sua vez, envolve muitas das qualidades conducentes a processos de feedback positivo.
(grifo nosso)

O promotor 1, cuja experiência permeia as atividades de promotor de justiça e de assessoramento na gestão estadual do SUS, defende, por sua vez, que o foco do MP e do TCE na fiscalização dos contratos de gestão fez com que o controle se aperfeiçoasse, em especial o controle interno feito pela gestão. Segundo ele, fez com que o gestor estadual se preocupasse mais e alterasse, por diversas vezes, os contratos para não ter problema com a fiscalização. *“Os contratos foram melhorados e o controle se aprimorou.”*

Ele atribui à chancela dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a consolidação do modelo de terceirização por OS neste estado. Em 1999, o TJSP julgou improcedentes os pedidos formulados pelo MPSP em sede de Ação Civil Pública que questionou a constitucionalidade do modelo (referida no tópico 8). Entendeu o Tribunal que a lei municipal autorizativa da qualificação de Organizações Sociais para atuar na saúde não afrontava a Constituição Federal, tendo em vista criar um novo e válido modelo jurídico. Trata-se, segundo o julgado, de matéria reservada à discricionariedade do gestor, na qual o MP não poderia se imiscuir. No mesmo sentido foi decidido em outras ações propostas pelo MP perante este tribunal.

Nesta questão é importante trazer a característica da **imprevisibilidade** inerente ao processo que pautou esta dinâmica de retornos crescentes dependente dos resultados da sequência de acontecimentos. Na medida em que se optou por impugnar a validade da lei local, a consolidação do modelo no estado de São Paulo se deu através da antecipação pelo TJ-SP de um entendimento que, em tese, ainda estava pendente de definição no STF. Por outro lado, nos locais onde se optou por esperar esta definição, a consolidação do modelo se deu de forma desarticulada, sem procedimentos definidos (vide tópico 9). De uma ou outra alternativa, muitos resultados seriam possíveis.

Com este mesmo entendimento, preconizou o TCE-SP, em 2003, que a LCE n. 846/98 era constitucional (SÃO PAULO, TCE-SP, 2003).

Em 2004, o TCE-SP respondeu a consultas formuladas por Prefeitos Municipais, no sentido não só da desnecessidade de licitação para contratação das OSs, como também da descaracterização das despesas realizadas com os contratos de gestão como despesas de pessoal limitadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A seguir, reproduz-se uma delas:

*PROCESSO 2149/006/02 CONSULTA
CONSULENTE: HENRIQUE LOPES - PREFEITO DO
MUNICIPIO DE PATROCINIO PAULISTA
O EGREGIO PLENARIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO, EM SESSAO REALIZADA EM 05
DE MAIO DE 2004, PELO VOTO DOS CONSELHEIROS
EDGARD CAMARGO RODRIGUES, RELATOR, EDUARDO
BITTENCOURT CARVALHO, FULVIO JULIAO BIAZZI,
CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, ROBSON MARINHO,
E DO SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO WALLACE DE
OLIVEIRA GUIRELLI, DELIBEROU RESPONDER AS
DUAS INDAGACOES CONSTANTES DA CONSULTA
FORMULADA, NO SEGUINTE SENTIDO: A) É POSSIVEL
A CONTRATAÇAO DE ORGANIZACOES SOCIAIS,
ORGANIZACOES SOCIAIS DE SOCIEDADE CIVIL DE*

CARATER PUBLICO E ASSOCIACOES PARA A OPERACIONALIZACAO DO PROGRAMA DE AGENTES COMUNITARIOS DE SAUDE, DESDE QUE PRECEDIDA DE LEI MUNICIPAL DISPONDO SOBRE A MATÉRIA E QUE SEJAM OBSERVADOS OS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS DE SELEÇÃO DAS ENTIDADES INTERESSADAS EM CELEBRAR CONTRATOS DE GESTAO, TERMOS DE PARCERIA E CONVENIOS OU CONTRATOS COM A PREFEITURA LOCAL; B) PODE-SE AFIRMAR QUE OS GASTOS DECORRENTES DOS MENCIONADOS AJUSTES NAO SE ENQUADRAM NOS LIMITES ESTABELECIDOS PELO ARTIGO 19 DA LRF.

PUBLIQUE-SE SÃO PAULO, 12 DE MAIO DE 2004

RENATO MARTINS COSTA – PRESIDENTE

EDGARD CAMARGO RODRIGUES - RELATOR

PUBLICADO NO DOE DE 15.05.2004

CONSELHEIRO PLENO TC 002149/006/02 (SÃO PAULO, TCE-SP, 2004)

No mesmo sentido, em 2007, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Diretório Estadual do Partido dos Trabalhadores em face da Lei n. 14.132/2006 do Município de São Paulo, que dispunha da qualificação de Organizações Sociais, repetindo a retórica do governo acerca da incapacidade e ineficiência do Estado de Bem-Estar Social pautado em um modelo tradicional burocrático:

“No pertinente ao mérito, a Lei Municipal 14.132, de 24 de janeiro de 2006, originada do Projeto de Lei 318/05, dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais. O Município de São Paulo praticamente reproduziu o teor da Lei Federal 9.637/98, para permitir mais eficiente operacionalidade no estabelecimento de parcerias com as organizações sociais. A argüição de inconstitucionalidade também visou a lei federal, mas na

ADIn 1.923-5, o então relator, Ministro ILMAR GALVÃO, indeferiu o pedido de suspensão liminar de sua eficácia. Prevalece, por isso, a presunção de compatibilidade da norma com o ordenamento vigente. Nem por isso haverá o Tribunal de Justiça aguardar a decisão no âmbito daquela ação direta em curso pelo Supremo Tribunal Federal. As entidades da Federação têm autonomia para gerir seus interesses, o que envolve o funcionamento dos três Poderes sem qualquer limite que não seja o da ordem legal. Presumida a constitucionalidade da Lei Federal 9.637/98, prevalece, em plenitude, competência do Judiciário e atribuições dos demais Poderes para exercício pleno das funções para as quais preordenado. Por isso é que o modelo de Estado brasileiro adotou a Federação. Cada entidade federada atua no círculo próprio de competência e o mero trâmite de ADIn junto ao STF não inibe o órgão jurisdicional encarregado do controle direto de exercer as suas funções nos lindes de seu território. A leitura da Lei 14.132/06 permite a conclusão de que seu teor não agride a ordem constitucional vigente, senão concretiza a vontade do constituinte. O Brasil adotou novo paradigma a partir de 5 de outubro de 1988. Do modelo de Democracia Representativa passou para a Democracia Participativa, na qual o chamado Terceiro Setor precisa desempenhar protagonismo até então inexistente. O constituinte fez refletir no pacto jurídico - mas também social, econômico, histórico e político - as mais modernas tendências da gestão da coisa pública. O Brasil não pode desconhecer a ineficiência do Estado e sua insuficiência para cumprir todas as promessas feitas à luz da concepção do Welfare State. Bem por isso, a contemporaneidade reclama um Estado Mínimo, garantidor de Justiça e Segurança e mero coordenador de atividades que devem ser confiadas à iniciativa dos particulares. A sociedade brasileira exigiu o retorno do princípio da

subsidiariedade, para que se devolva a cada indivíduo, grupo intermediário de dimensões diversas, até alcançar o Estado, a atribuição de tudo aquilo de que puderem se desincumbir a contento. A atuação estatal é sempre mais dispendiosa, lenta e ineficiente se cotejada com aquela cometida à iniciativa privada. O Estado precisa estimular os particulares a assumirem os encargos dos quais ele não consegue se desincumbir a contento. No plano da saúde, a participação da iniciativa privada no SUS é imprescindível. Se deixar de estimulá-la, a Administração Pública estará a cometer inconstitucionalidade por omissão, eis que deixará de dar conseqüências práticas ao princípio da eficiência, um dos fundamentos a que está subordinada. É natural que o conservadorismo e até a formação jurídica arcaizante recebam com estranhamento o fenômeno do Terceiro Setor. Mas foi a vontade constituinte que o reconheceu. E a legislação infraconstitucional já contemplou as ONGs, de advento menos recente e a realidade nova das OSCIPs. A Lei Municipal 14.132/06 se propõe - exatamente - a conferir adequado cumprimento à mensagem normativa da Constituição da República. Sabe-se que, após a corrupção, a burocracia é o segundo mal a infestar a Administração Pública e a sufocar a desenvoltura com que seus préstimos deveriam ser oferecidos à comunidade. A qualificação prevista na lei é saudável e visa a eliminar algumas das barreiras postas perante a iniciativa privada para auxiliar na consecução de objetivos permanentes da República brasileira. Evidente que a lei reserva discricionariedade ao Executivo. A Administração precisa de certa elasticidade para atender às urgências, de maneira totalmente distinta do Legislativo. Ao formular as regras do jogo limpo, tem a obrigação de refletir, de meditar, de produzir a melhor lei que for possível. Se o Executivo desatende aos objetivos da lei ou fere princípios constitucionais, o seu controle está previsto

e confiado ao Legislativo, ao Tribunal de Contas e ao Poder Judiciário, se presentes os requisitos para sua invocação. Nenhuma lesão à ordem constitucional na Lei do Município ora sob análise. A Lei Federal 8.666/93, no inciso XXIV do artigo 24, já dispensara a licitação na hipótese de qualificação de organizações sociais. A Lei local 14.132/06 apenas confere efetividade a essa norma geral. Aliás, o tema não é novo e o exame desta ADIn resta facilitado porque, antes dela, demanda análoga já passou pelo crivo deste Colendo Órgão Especial. A Lei do Município de Barretos 3.447, de 14.8.2001, com idêntico objetivo, foi considerada plenamente compatível com a ordem fundante, por voto condutor do Desembargador Denser de Sá. Ali já se enfatizou o relevante papel a ser desempenhado pelas organizações sociais, "pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão". Iniciativas como a do Município de São Paulo, com vistas à desburocratização, à antecipação de etapas no processo administrativo de qualificação das entidades que poderão trabalhar em parceria com a Prefeitura, são louváveis e refletem um a nova concepção de serviço público. Se toda a Administração Pública se servisse do permissivo legal para outorgar à iniciativa privada aquilo que ela realiza melhor e com dispêndio menor do dinheiro do povo e investisse apenas nas atividades de controle e fiscalização, talvez a economia brasileira ostentasse outros resultados. Com o acréscimo benéfico de ampliar as oportunidades de emprego e de economizar do combalido Erário, pois haveria enxugamento da máquina ineficiente e burocratizada. Por estes fundamentos, tudo considerado, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade." (SÃO

Isto posto, resta evidente que, no Estado de São Paulo, os demais atores envolvidos com a consolidação do modelo de governança por OS (Executivo, Legislativo, Tribunal de Contas e Judiciário) encamparam a tese da constitucionalidade e da legalidade, o que já limitou o horizonte de opções e alternativas para o MP, ainda que alguns promotores mantivessem posição ideológica diversa.

Em relação à implantação do modelo, a percepção dos entrevistados também não é a mesma. O promotor 1 relata, por exemplo, que, enquanto esteve no Centro de Apoio Operacional das promotorias que atuam com saúde pública, bem como na chefia de gabinete da SES-SP, havia uma boa interlocução dos promotores de justiça com a gestão estadual e este diálogo evitava a judicialização, pois gerava melhor compreensão por parte do MP acerca da política de saúde.

Esclarece que, em São Paulo, o gestor estadual se manteve como um grande prestador de serviços de saúde, mesmo após a municipalização. Relata que as Organizações Sociais foram usadas para ampliação da rede com agilidade, e usa como exemplo a criação dos Ambulatórios Médicos Especializados – AMES, que surgiram para preencher um vácuo existente entre as unidades de atenção básica e os hospitais, na medida em que fazem pequenas cirurgias, consultas e exames especializados.

Afirma que o controle feito pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES-SP) sobre a qualificação das Organizações Sociais é muito rigoroso, e que as entidades contratadas tem muita tradição nesta área, não havendo nenhuma sem experiência. Já eram parceiros tradicionais do SUS, como o Sírío Libanês, a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM) e a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.

Relata que na SES-SP, há uma estrutura boa para o acompanhamento dos contratos de gestão com OSs, vinculada à Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde, a qual, durante um determinado período da gestão do Secretário Giovanni Guido Cerri, foi chefiada por um Promotor de Justiça do MPSP, cedido à secretaria, com o intuito de aprimorar o controle dos contratos.

Descreve que o controle recai sobre as metas e as verbas repassadas às OSs, e narra que partiu deste Promotor de Justiça algumas alterações contratuais, tais como, a inclusão de limites para a remuneração dos profissionais contratados pela OS e, também, o controle sobre os fornecedores das OSs.

Segundo o entrevistado, antes da coordenação feita pelo Membro do MPSP, o controle feito pela SES-SP sobre as OSs era apenas em relação às metas e ao adequado uso dos recursos públicos nos serviços de saúde. Com aquela gestão, a SES passou a exigir, por exemplo, que as OSs não contassem com pessoas proibidas de contratar com o poder público ou devedoras de tributos. O controle relativo a esta proibição é feito através da fiscalização das notas fiscais eletrônicas emitidas pela OS, o que deu mais lisura para os contratos. Relata, ainda, que passaram a ser aplicadas punições às OSs, embora a nenhuma se tenha imputado, até o momento, ato de improbidade administrativa. Segundo sua percepção, a aprovação popular em relação à gestão feita pelas OSs é boa:

“Eu nunca recebi, aqui no MP ou na gestão, uma reclamação do cidadão contra a qualidade do serviço da OS administrada pela Secretaria de Estado de Saúde. Todas as pesquisas indicam aprovação de mais de 90% dos usuários.”

Há pouco tempo, entretanto, relata que surgiram indícios de irregularidades na gestão da Santa Casa de Misericórdia, fazendo com que o Secretário de Estado de Saúde determinasse uma auditoria na unidade e o afastamento do superintendente da OS, tendo o resultado sido enviado para o Ministério Público apurar eventual prática de ato de improbidade administrativa.

Sobre o controle externo, narra que o TCE-SP nunca se manifestou pela inconstitucionalidade dos contratos de gestão celebrados com as OSs. Ao invés de ficar discutindo os aspectos jurídicos e analisando prestações de contas, concentrou-se em inspecionar as unidades de saúde cuja gestão havia sido terceirizada. Segundo o entrevistado, este trabalho deu origem a um roteiro de fiscalização e a relatórios substanciosos sobre os hospitais geridos por OSs, que podem ser usados pelo MP como parâmetros de fiscalização.

O Promotor 4 revelou assombro diante da liberdade contratual relativa às OSs: *“essas entidades tem uma liberdade que não estamos acostumados. Elas são escolhidas sem licitação. Toda esta liberdade gerou indefinição. Os parâmetros de controle são muito difusos”*. Ressente-se da falta de estrutura da Prefeitura Municipal de São Paulo para o controle em campo da qualidade do serviço prestado pela OS.

Embora entenda que o modelo das OSs tenha conferido agilidade ao serviço de saúde, afirma sua percepção de que o patrimônio público ficou sem qualquer controle. O entrevistado identifica nos procedimentos jurídico-administrativos tradicionais, como a licitação, uma baliza segura para o controle.

A falta de controle também é apontada pelo promotor 3, o qual constatou, em suas investigações, que as OSs atuam, na verdade, como empresas. Relata ter identificado práticas irregulares que demonstram o intuito financeiro destas entidades, tais como funcionários fantasmas, alocação concomitante dos mesmos servidores em diversas unidades administradas pela mesma OS, falta de atendimento dos usuários para não sobrecarregar a unidade, entre outras irregularidades. Causou-lhe espanto perceber, no bojo destas investigações, que as OSs contratam advogados que são, notoriamente, conhecidos como “caros” em São Paulo.

Em sua opinião, *“há descontrole total do Município de São Paulo em relação às OSs”*, e os relatórios do Tribunal de Contas do Município são inconclusivos e demorados.

O promotor 5, que demonstrou maior aprovação em relação à política de saúde implementada pela atual Prefeitura de São Paulo, tem, entretanto, a mesma percepção acerca do descontrole do patrimônio público. Afirma que a compra de medicamentos pelas OSs, sem licitação, é muito complicada, pois elas adquirem pelo preço que querem. Devido a isso, narrou que, atualmente, a Secretaria Municipal de Saúde compra os medicamentos e repassa para as OSs, e isso lhes proporciona maior controle. Relata que a OS compra depois apenas o que falta. Ainda assim, percebe que o controle interno que a Prefeitura faz sobre os contratos de gestão é irrisório: *“de 1 a 100 é 1. Eles não auditam contas. O setor de controle é bem degradado.*

Constatamos isso em uma investigação no qual ouvimos servidores deste setor.” Esta constatação provocou a propositura de uma Ação Civil Pública por parte deste Promotor de Justiça, na qual se pediu a efetiva fiscalização dos contratos de gestão celebrados com as OS para prestação de serviços de saúde.

Ainda segundo sua percepção, a política de recursos humanos promovida pelas OSs precariza o ambiente de trabalho na saúde pública e “canibaliza” o mercado. Relatou que a política de remuneração é livre e inflacionada para captar os profissionais pelas OSs, os quais costumam ganhar duas ou três vezes mais do que os médicos concursados, dentro da mesma unidade de saúde:

“Outro dia, fui a um hospital em Campo Limpo e perguntei ao médico, chefe do pronto socorro, qual era sua remuneração. Já era um senhor, também professor, e seu vínculo como médico era estatutário. Ele me mostrou o contracheque com a remuneração de R\$ 3.600,00. Daí ele me levou na AMA, que fica ao lado do hospital, me apresentou duas de suas alunas, médicas jovens, e lhes pediu que me dissessem quanto ganhavam como contratadas da OS. Elas revelaram que era R\$ 8.000 e 9.000. Isso gera muitos problemas...”

A precarização dos vínculos favorece, segundo o promotor 5, a cooptação política dos funcionários contratados pelas OSs. Narrou que, uma semana antes da disputa eleitoral entre José Serra e Fernando Haddad para a Prefeitura de São Paulo (2^o turno), uma OS de grande porte distribuiu entre seus funcionários um pedido escrito de votos para o candidato José Serra, com o argumento de que Fernando Haddad extinguiria os contratos com as OSs. “*Elas claramente politizam a questão*”, afirmou o entrevistado.

Ainda em relação à influência da política local, o promotor 4 traz sua impressão pessoal, nos seguintes termos:

No Estado de São Paulo, há uma vinculação evidente entre o Ministério Público e o Poder Executivo. Isso é um prejuízo. O MPSP precisa ser mais independente. Por exemplo, há três anos, o Governador de São Paulo escolheu

um candidato a Procurador-Geral de Justiça que não foi o mais votado pelos seus pares. Ora, qual o interesse do Governador em escolher o PGJ? É evidente: ele se afinar com suas políticas. Essa preterização do mais votado já ocorreu diversas vezes no MPSP.

A regra constitucional estabelece que o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. Já o Ministério Público dos Estados e o do Distrito Federal forma lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Governador, para mandato de dois anos, permitida uma recondução (BRASIL, 1988, art. 128, parág. 1^o e 3^o).

Garcia (2004) aponta a participação do Chefe do Poder Executivo na escolha do Procurador-Geral de Justiça, nos estados, como uma das máculas que ainda recai sobre a estrutura organizacional do Ministério Público no Brasil, tendo em vista as inúmeras medidas que se inserem em sua atribuição exclusiva, em relação ao Estado e seus dirigentes. Menciona, como exemplo, a legitimidade exclusiva para a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra o Governador do Estado (BRASIL, 1993, art. 29, VIII, da Lei n. 8.625). Aduz o autor, em análise ao tema:

Verificando o Procurador-Geral a prática de tais ilícitos às vésperas da nomeação daquele que dirigirá a Instituição no biênio seguinte, e na qual pode ter interesse direto ou indireto, questiona-se: ainda que tênue, não ocorrerá um estado de dúvida em relação à adoção das medidas necessárias ao caso? As exceções, por certo, são tantas que chegam a integrar uma verdadeira regra, mas, em alguns casos, a dúvida e, por via reflexa, a proposital omissão, certamente ocorrerão. (...) Respeitamos, todavia, a opinião daqueles que visualizam no atual critério de escolha

uma saudável projeção do sistema dos 'checks and balances', evitando que o Ministério Público se torne hermético e lhe conferindo maior legitimidade democrática, pois o Governador do Estado foi eleito pelo voto direto de seus pares. É difícil, no entanto, verificar uma justificativa plausível – de ordem lógica, prática ou conceitual – apta a sustentar o critério atual, até porque todas as estruturas organizacionais de natureza coletiva (o que exclui o Poder Executivo), previstas na Constituição da República e que gozam de autonomia, escolhem seus próprios dirigentes máximos: a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, os Tribunais Superiores e o Tribunal de Contas da União. (...) A ausência de justificativa se torna ainda mais palpável na medida em que se constata que o Ministério Público não mais exerce a representação judicial do Executivo, o que torna desnecessária a existência de uma relação de confiança entre as respectivas Chefias. Lembrando Alcalá Zamora³, é possível afirmar que a escolha do Procurador-Geral pelo Chefe do Executivo traz em si 'el grave inconveniente de inmiscuir al Ejecutivo en una esfera donde nada tiene que hacer.' (p. 126)

Kercke (2007, *apud* FONSECA 2014) coloca a escolha do Procurador-Geral de Justiça como um mecanismo de *accountability* horizontal (aquele exercido por outros Poderes), embora, na visão do autor, haja fragilidades neste sistema, quais sejam a impossibilidade de interferência dos Procuradores-Gerais na atuação individual dos membros do MP, limitando-se a serem chefes “administrativos”, e a impossibilidade de destituição dos Procuradores Gerais por questões políticas (possuem mandato fixo relacionado a um cargo que não é de confiança do Executivo).

Por outro lado, também para este autor, a dependência da indicação dos chefes do Poder Executivo pode limitar a independência do Procurador Geral, de forma a

³ Derecho Processal Penal, vol. I, Buenos Aires: Ghillermo Kraft, 1945, p. 381.

proteger o Presidente e os Governadores.

Segundo o promotor 4, o princípio da independência funcional (estudado a seguir no tópico 8) é o que protege os membros da Instituição da ingerência indevida de um Procurador-Geral de Justiça aparelhado com o Poder Executivo.

8. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já exposto no tópico 3, o insulamento burocrático, cujo objetivo é evitar a cooptação política e ingerências indevidas, é estabelecido através da concessão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional dos membros do Ministério Público.

Mazzilli (1998:149) define a independência funcional como “*a liberdade com que estes exercem seu ofício em face dos outros órgãos da própria instituição do Ministério Público*”, estando, em sua atividade-fim, adstritos apenas ao cumprimento da Constituição e das leis, e, portanto, “*não estando obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer*”.

A independência funcional relaciona-se, ainda, com a condição de agentes políticos dos membros do MP, ou seja, agentes que ocupam o primeiro escalão de órgãos independentes, cujas responsabilidades e atribuições exsurgem da própria Constituição da República, com normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e responsabilização, tais como os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (MEIRELLES, 1998).

Por oportuno, Garcia (2004) indaga se essa independência é absoluta ou se está sujeita a algum balizamento, afastando, desde logo, a primeira proposição, diante da inadmissibilidade de afirmação de direitos absolutos em um Estado Democrático de Direito. Desta forma, ressalva que, primeiro, o princípio da independência funcional deve informar o exercício da atividade-fim dos membros do MP, a fim de impedir que fatores exógenos interfiram no seu desempenho (a superioridade hierárquica do Procurador-Geral de Justiça limita-se ao âmbito administrativo, não havendo hierarquia funcional). Segundo, a independência funcional não é um “*fim em si mesmo*”, devendo estar a serviço da efetivação do interesse público. Não se incorpora à pessoa do membro do MP, e, com isso, “*são irrelevantes os sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes*”.

O balizamento pelo interesse público, entretanto, não implicará na uniformidade de atuação entre os membros da instituição, nem mesmo na atribuição de caráter vinculativo a planos institucionais e enunciados propostos por órgãos colegiados ou grupos de órgãos e instituições que se relacionem com a atividade-fim. Isto porque, como bem observado por Garcia (2014, p.62) e corroborado pela presente pesquisa (tópico 7, supra), a subjetividade da identificação de uma situação fática ou jurídica depende da percepção e apreensão pelos sentidos do agente. Esta apreensão se manifestará de diferentes formas, “*variando conforme o referencial, o grau de percepção e a capacidade intelectual*”. Acrescenta-se pela pesquisadora a identificação política-ideológica de cada um. Por tais razões, as conclusões e o direcionamento do atuar, ainda que em nome do interesse público, são, invariavelmente, determinados pela subjetividade do agente.

O promotor 2 relata que, entre as Promotorias de Justiça que atuam na proteção ao patrimônio público no MPSP, não há uniformidade de atuação. “*Cada promotor toca a sua investigação*”. Declara que as reuniões periódicas servem apenas para tratar de assuntos relacionados a rotinas administrativas. Não há roteiros de atuação vinculativos, mas apenas troca de experiências entre os colegas, de forma não sistematizada. Ressente-se da falta de apoio decorrente da pouca estrutura institucional.

O promotor 1 confirma a falta de sistematização e uniformidade na atuação, também na área institucional dedicada à defesa da saúde pública e aos contratos de gestão com OSs. A atuação do MPSP dependerá, caso a caso, conforme “*o ponto de vista ideológico*” do promotor de justiça, ressaltando o entrevistado que sua experiência revelou grande divergência entre os colegas do MPSP em relação a este tema. Segundo ele, uma parte se posicionava contrariamente ao modelo das OSs, por entender que violava as regras do concurso público e da licitação. Esta corrente, predominantemente formada por promotores de justiça lotados em comarcas do interior do Estado de São Paulo, preconizou o seu dever em impugnar, judicialmente, os contratos de gestão, ainda que a probabilidade de êxito na demanda judicial fosse baixa. Tratava-se de firmar posição.

Já outro grupo menor, no qual se incluiu o promotor 1, entendeu que não

havia ilegalidade flagrante e que, portanto, a estratégia mais importante e útil era fiscalizar a qualidade da assistência, compreendendo melhor o novo modelo de governança e visitando as unidades de saúde geridas pelas OSs. Relata que, quando *“começamos a visitar os hospitais, percebemos que, na grande maioria, o serviço prestado era melhor. Então decidimos fiscalizar mais o serviço e a verba pública, não o modelo em si”*.

Amparado em sua experiência no MPSP e na gestão estadual do SUS, o promotor 1 considera grave que, em questões polêmicas, cada membro aja de uma forma diversa. Relata que a busca de uma uniformidade consensual de atuação não corresponde à cultura institucional.

“Ter uma diretriz única é fundamental. Quando estive do outro lado, percebi como é ruim o gestor não saber o que o MP quer. É difícil para o gestor entender. A independência funcional, às vezes, serve para alguém defender posições sem muita fundamentação. Eu atendia colegas no Centro de Apoio [órgão de assessoramento aos promotores de justiça] que diziam que entendiam que o serviço de saúde não deveria ser gratuito, por exemplo. Por óbvio que isso não é um entendimento jurídico. Essa falta de uniformidade só atinge a imagem externa do MP.”

O promotor 1 revela que a falta de uniformidade, invocada pela independência funcional, não se resume a entendimentos jurídicos acerca de determinada situação, mas também relaciona-se à liberdade de eleição das estratégias e instrumentos: *“eu percebi, enquanto estive na gestão, que os promotores do interior tinham diálogo com a Secretaria de Estado. Já na capital, o diálogo com a promotoria de saúde era quase nulo. Eu não me reuni nenhuma vez com eles.”* (...) *“A frequência das visitas in loco pelos promotores depende de cada um.”*

A falta de uniformidade é, também, apontada pelo promotor 4, embora sua percepção sobre ela seja positiva, ao contrário do que entendimento acima esposado:

“Há posições extremamente opostas. Há colegas que entendem que o modelo deve ser estatizado. Outros entendem que o modelo é constitucional e funciona, e, finalmente, há quem entenda que é constitucional, mas não funciona. Isso leva à falta

de uniformidade de atuação. Mas não é vantagem ter posicionamento único. Teremos vários entendimentos e decisões, mas isso faz parte da democracia. Não há como exigir uma idéia única, até porque, se considerarmos que o posicionamento da Chefia Institucional é alinhado com o do Poder Executivo, então o posicionamento único seria o do governo. Se quebrarmos o princípio da independência funcional, o PGJ vai dar uma ordem para que todos adotem o pensamento dele, que é aquele que agrada o príncipe.”

Assim como o promotor 1, o promotor 4 opina pela prioridade de uma atuação voltada para o controle dos contratos, ao invés da impugnação judicial, a qual declara que é inefetiva pela dificuldade que o Judiciário tem de lidar com o tema e pela demora de seus julgamentos.

O promotor 1, embora entenda que houve uma evolução no atuar do MPSP diante dos contratos de gestão, ainda entende que é necessária maior dedicação para o conhecimento das medidas de controle ministerial. Por tal razão, identifica como falha a atuação preventiva, cujo aprimoramento poderia ensejar a sugestão de melhorias no sistema de controle dos contratos.

O promotor 4 revela que o problema, a seu ver, não é jurídico, mas de falta de implementação do modelo de governança em sua totalidade, o qual inclui os mecanismos eficazes de controle.

“Os instrumentos do direito administrativo tradicional não conseguem resolver os problemas com a celeridade que a saúde necessita. Mas este modelo prevê o controle público sobre a administração privada. O que hoje estamos vendo é só administração privada sem controle público.”

Conforme já exposto, a partir da lei nacional, diversas leis locais foram publicadas, autorizando estados e municípios a implementarem o modelo de governança por OS. É possível intuir, entretanto, que a forma difusa e desarticulada de contratação por todo o território nacional agravou o cenário da falta de uniformidade de atuação do Ministério Público nacional.

A demonstração desta ilação é revelada no capítulo a seguir, quando se expõe os diferentes fundamentos que pautaram as ações judiciais propostas pelo MP em razão dos contratos de gestão, em diversos locais.

É revelada, ainda, pelos roteiros de atuação funcional que padecem de uniformidade em relação à atuação dos diversos MPs estaduais, ainda que sem caráter vinculativo. Como exemplo cite-se os enunciados sobre terceirização da saúde emanados da II Reunião Ordinária da Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDES), que integra o Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ), realizada em Vitória (ES) em junho de 2011:

Enunciado 1. A saúde pública deve ser exercida diretamente pela Administração Direta, devendo o Ministério Público promover medidas para garantir esta diretriz constitucional, inclusive o ajuizamento de ações civis públicas.

Enunciado 2. Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade do Terceiro Setor, pois a saúde é dever do Estado necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde (SUS) apenas em caráter complementar.

Enunciado 3. A complementaridade que possibilita a participação de entidades do Terceiro Setor no Sistema Único de Saúde (SUS), por expressa determinação constitucional e de acordo com a lei de regência (Lei Orgânica da Saúde), exige que o gestor demonstre a impossibilidade fática do Estado garantir diretamente a cobertura assistencial à população de determinada área, com justificativa técnica e epidemiológica, não podendo jamais significar a não responsabilização do Estado, bem como, a mera substituição dos serviços públicos pela iniciativa privada.

Enunciado 4. Os planos operativos estabelecidos em decorrência dos Termos

de Compromisso de Gestão (TGE) dos Pactos pela Saúde (Portaria MS no 399/2006) são instrumentos úteis para eventual averiguação das situações de suficiência ou não dos serviços públicos na área da saúde.

Enunciado 5. A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender atos de gestão e administração de unidades públicas ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos, funcionários e recursos públicos, mas apenas a execução de determinadas ações e serviços públicos onde tais unidades não forem suficientes para a cobertura assistencial.

Enunciado 6. Compete ao Município assumir diretamente, por sua rede pública, a execução das ações e serviços de saúde de atenção básica (atenção primária), estando vedada a terceirização dos Agentes Comunitários da Saúde e dos Agentes de Combate à Endemia.

Enunciado 7. Constatando uma situação fática consolidada, por vezes com o reconhecimento da legalidade pelo Poder Judiciário, o Ministério Público deve se voltar para a fiscalização das atividades da Administração Indireta ou da iniciativa privada que prestam o serviço de saúde à população que, independentemente do instrumento jurídico utilizado para legitimar a parceria (auxílios, subvenções e contribuições, convênio, termo de parceria, contrato de gestão), devem observar as normas técnicas e administrativas e os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como, os princípios constitucionais da Administração Pública.

Enunciado 8. As situações de fato consolidadas, em razão de segurança jurídica e especificidades regionais, deverão ser respeitadas, sem prejuízo de o Poder Público instaurar, ao final dos contratos de gestão ou outros instrumentos jurídicos vigentes, processo público e objetivo, nos termos da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para as novas avenças.

Enunciado 9. Na fiscalização da relação estabelecida entre o Poder Público e os entes sociais no Sistema Único de Saúde (SUS), o Ministério Público deve atentar para quatro diferentes etapas importantes: a fiscalização prévia do modelo de

participação complementar, que exige lei local e compatibilidade com o sistema constitucional; a outorga da qualificação da entidade social, que deve respeitar os requisitos legais, princípios constitucionais como a isonomia e imparcialidade, e destinar-se a pessoas jurídicas com comprovada experiência na área de saúde; a formalização do ajuste, que deve conter o programa proposto e as metas a serem atingidas em determinados prazos de execução, salários e benefícios dos empregados da entidade, bem como a forma da fiscalização da Administração Direta; e a execução do contrato ou parceria, com a análise da qualidade dos serviços prestados e a comparação entre as metas propostas e os resultados alcançados.

Enunciado 10. Os indicadores do Pacto pela Vida (Portaria MS no 399/2006) devem ser incorporados nos termos de parceria, nos contratos de gestão e em quaisquer outros instrumentos jurídicos cujo objeto seja a prestação de serviços públicos de saúde.

Enunciado 11. Como responsável pela supervisão dos termos de parceria e dos contratos de gestão, o gestor do Sistema Único de Saúde (SUS) deve fiscalizar rigorosamente o programa de trabalho proposto pela entidade, com as metas e os prazos estabelecidos, exigir a expedição de regulamento para a contratação de obras, serviços e compras pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e pelas Organizações Sociais (OS) com o emprego de recursos públicos, bem como, acompanhar com atenção os processos seletivos dos serviços continuados e as aquisições realizadas, a fim de garantir a proposta mais vantajosa.

Enunciado 12. As atividades a serem desenvolvidas pelas Organizações Sociais (OS), pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e por outras entidades do Terceiro Setor devem ser distintas daquelas do Poder Público, devendo o Ministério Público cuidar para que haja efetiva separação entre os bens, os equipamentos e os funcionários públicos e o patrimônio da entidade privada.

Enunciado 13. Os responsáveis pelas ilegalidades perpetradas envolvendo repasses públicos ao Terceiro Setor estão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/92), nos termos do disposto nos seus arts. 2o e 3o.

Enunciado 14. A atuação eficiente dos Conselhos de Saúde contribui para o êxito no controle da terceirização das ações e serviços de saúde, seja na averiguação do respeito aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), seja na fiscalização dos convênios, termos de parceria e contratos de gestão, além de configurar legítima forma de controle social, razão pela qual o Ministério Público deve promover medidas para seu fortalecimento e capacitação técnica.

Enunciado 15. O aumento vertiginoso das terceirizações no setor da saúde, sob a retórica da eficiência, demonstra que o Ministério Público deve eleger como assuntos prioritários a busca de uma fonte estável para o financiamento das ações e serviços da saúde, o respeito aos parâmetros constitucionais dos recursos que devem constar nos orçamentos sanitários da União, dos Estados e dos Municípios (Emenda Constitucional no 29, de 13 de dezembro de 2000), e a efetivação do Plano de Cargos, Carreiras e Salários do Sistema Único de Saúde (SUS).

A COPEDS é formada por membros do Ministério Público Brasileiro, indicados pelos respectivos Procuradores-Gerais (integrantes do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais), para fortalecer a atuação do Ministério Público em defesa da saúde (CNPQ, 1998: Carta de Palmas). Normalmente, são indicados membros que ocupam a coordenação de Centros de Apoio Operacional (BRASIL, 1993: artigo 33, Lei n. 8625) especializados na matéria da saúde ou de direitos humanos, ou, na ausência destes, lotados em promotorias de justiça que atuam na defesa da saúde. É uma comissão, portanto, formada por membros de diferentes ramos do MP (MPF, MPT, MPE) e de diversos entes da federação.

É fácil compreender, portanto, o motivo pelo qual estes enunciados, se comparados entre si, revelam certa contradição. Alguns priorizam as atividades de fiscalização e controle sobre a terceirização da gestão em saúde por parte do MP, sugerindo parâmetros para a atuação, enquanto que outros parecem, simplesmente, não admiti-la, estimulando a impugnação, por razões jurídicas. A pesquisadora esteve presente, por indicação do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na reunião que aprovou tais enunciados e pôde testemunhar o intenso debate que precedeu à sua aprovação, tendo em vista não apenas a diversidade de convicções

jurídicas e ideológicas, mas especialmente as diferentes experiências decorrentes da falta de alinhamento, padronização e articulação dos modelos de terceirização e a multiplicidade arranjos implantados nos diversos estados e municípios.

É importante observar que, quando da aprovação dos referidos enunciados, o Procurador-Geral da República já havia exarado seu parecer, em 2009, na ADIN 1923 (tópico 6 supra) pela constitucionalidade do modelo (desde que obedecida a regra da licitação).

A liberdade conferida aos membros do MP suscita dúvidas e questionamentos em relação ao controle da atividade-fim. Fonseca (2014) aponta a debilidade dos mecanismos de controle, no que diz respeito à autonomia de cada Promotor de Justiça para atuar ante o próprio MP e a dificuldade de adoção de mecanismos de *accountability* sobre a instituição.

O princípio do “Promotor Natural” (a atribuição para atuar é definida, em cada caso, pelo tipo de infração e o local onde ocorre), a efetividade no cargo após dois anos de serviço, a garantia de ampla defesa perante o Colégio de Procuradores, a inamovibilidade, dentre outros princípios e garantias, favorecem a liberdade de atuação, mesmo em relação às políticas institucionais. Essa liberdade, combinada com a dificuldade de implementação de uma política institucional, contribui para que os promotores atuem de maneira pouco organizada, favorece o individualismo e permite uma diversidade de posicionamentos públicos (pag. 31).

Tais dificuldades não devem, entretanto, desmerecer tão importante garantia constitucional conferida ao cidadão (a de contar com promotores independentes), mas, ao contrário, deve estimular o debate acerca mecanismos adequados de prestação de contas da atividade do MP à sociedade e de uniformização da atuação, sempre que ela for necessária para a eficiência institucional e para efetividade da tutela dos interesses protegidos pela instituição.

Neste sentido, o Procurador-Geral do Estado de São Paulo explica que a liberdade do promotor em atuar é, comumente, vista como um atributo da independência funcional, porque os membros do MP tendem a vê-la como um atributo pessoal. Todavia, enfatiza que, a rigor, esta garantia é, antes de tudo, um atributo da instituição e um direito fundamental do cidadão.

O cidadão tem o direito de ser processado por um promotor que tem garantias como a independência funcional, a vitaliciedade e a inamovibilidade, mas para que seja perfeito no exercício da atividade-fim: técnico e neutro em relação aos fatos, e isento em relação às pessoas. Fora disso, ele não pode ter independência funcional. O MP brasileiro tarda muito em atualizar os conceitos de seus princípios. A nossa geração acabou editando o conteúdo destes princípios como se ainda estivéssemos em um estado de exceção, quando, na verdade, estamos em um estado de regularidade democrática. Portanto, não temos mais que se preocupar com a ingerência indevida na atividade, temos que olhar para fora: é o cidadão que tem o direito de ter um promotor de justiça independente. Mas este promotor não é senhor do seu ofício por que o Ministério é público, e não privado.

9. A ATUAÇÃO DO MP DIANTE DO MODELO DE GESTÃO POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE

Para a compreensão da análise que se fará acerca das estratégias de atuação dos membros do Ministério Público em relação ao modelo de Organizações Sociais, é importante que se compreenda que a instituição é fortemente pautada pelo modelo burocrático, e, tradicionalmente, se expressa de maneira técnica para interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Trata-se de uma típica organização burocrática, com estrutura de cargos, cujos limites são definidos por normas jurídicas. Cada área de competência interna resulta da divisão sistemática de trabalho, desempenhado por servidores investidos de autoridade, que utilizam poder dentro de limites definidos e condições separadas de propósitos pessoais (BRASIL, 1993, Lei n. 8625).

Os membros do Ministério Público são recrutados segundo critérios de mérito, aferidos em um concurso público de provas e títulos. Não há, portanto, eleição, mas nomeação com base em qualificações técnicas. A conduta do membro do MP deve ser sempre impessoal e regida pelas normas que orientam sua atividade (BRASIL, 1988 e 1993, artigo 127 e segs da CRFB e Lei n. 8.625/93).

A cultura técnica-burocrática e o formalismo inerente à instituição influenciaram a forma como muitos membros do MP receberam o novo modelo administrativo gerencial. Tal constatação se extrai da fundamentação de inúmeras demandas judiciais analisadas na pesquisa, que impugnam a validade das leis (e dos contratos delas decorrentes) que autorizam o desempenho de serviços de saúde pelas Organizações Sociais, mediante a transferência de recursos e pessoal, sem prévia licitação.

O principal argumento trazido por muitas das Ações Cíveis Públicas (ACP) ajuizadas pelo Ministério Público é crítico em relação à entrega da gestão de unidades e serviços de saúde a entidades privadas, por considerar ser este um serviço

tipicamente estatal.⁴

Em tais demandas, o MP invoca os artigos 196, 197 e 199, § 1º da CRFB e o artigo 24 da Lei nº 8.080/90, dos quais extrai que cabe ao Poder Público a prestação direta dos serviços de saúde e que a atuação dos entes privados somente se pode dar em caráter complementar.

Desta forma, embora o Programa Nacional de Publicização preconize o modelo de Estado-mínimo, o MP, em diversos estados, propôs demandas que defendem a prestação de serviços de saúde como uma atividade primordial do Estado, não podendo ser conferida a entes privados, pelo menos não sob a forma de terceirização.

Aduzem que tanto a Constituição Federal quanto a Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90) não permitem que o Estado abra mão da prestação direta dos serviços de saúde, entregando tal função, de forma integral, ao setor privado. Esta participação deve se dar de forma complementar, mediante convênio ou contrato celebrado com o gestor público, quando sua capacidade for insuficiente para atender a demanda ou quando não dispuser de tecnologia ou *know-how* necessários. Para tanto, as instituições privadas devem se valer de suas próprias instalações, recursos humanos e materiais.

Em São Paulo, foi veiculado judicialmente pelo MP⁵ o posicionamento do Ministério da Saúde, à época da propositura desta ação (2009), segundo o qual a terceirização comprometia a gestão única do SUS e a hierarquização dos serviços de saúde. E mais: dava oportunidade para o favorecimento de determinadas entidades privadas, fraudes e malversação de verbas do SUS.

⁴ Exemplos: ACP 0026688-07.2014.8.08.0035, Vilha Velha, TJES, 2014; ACP 0008849-31.2015.8.19.0001, Rio de Janeiro, TJRJ, 2015; ACP 0009656-66.2003.4.01.3700, São Luís, TJMA, 2003; 0004646-60.2009.8.26.0512, Rio Grande da Serra, TJSP, 2009; ACP 0009087-81.2006.4.03.6100, São Paulo, SP, 2006; ACP 0116598-68.2006.8.26.0053, São Paulo, TJSP, 2006.

⁵ ACP 0004646-60.2009.8.26.05124 (TJSP, Rio Grande da Serra, 2009).

É importante esclarecer que, nas demandas propostas, o MP restringe a vedação constitucional quanto à terceirização apenas ao âmbito da gestão operacional dos serviços de saúde do Estado, não havendo qualquer impedimento quanto à terceirização de atividades que viabilizem a prestação estatal, ou seja, atividades meio, como, por exemplo, fornecimento de refeições, limpeza das unidades hospitalares ou mesmo certos serviços técnico-especializados, como a realização de exames médicos, de diagnósticos ou afins.

Outra crítica que se verificou à forma de descentralização administrativa prevista na Lei 9.637/98 diz respeito à desnecessidade de as Organizações Sociais, realizarem procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços e concurso público para a contratação de pessoal. Como já exposto ao longo do presente estudo, os recursos utilizados pelas Organizações Públicas para a realização de suas atividades são públicos, ou seja, a verba por estas utilizada, no caso da prestação de serviços relacionados à saúde, é oriunda do SUS. Assim, toda a movimentação de recursos feita por tais entidades privadas é uma movimentação de recursos públicos, e, portanto, não poderia deixar de se submeter, segundo o MP, às regras de Direito Administrativo, principalmente àquelas dispostas nos artigos 37 e 175 da Constituição Federal.

Sobre o assunto, traz-se à baila a ação proposta no Município de Duque de Caxias (RJ)⁶, que, pautada no posicionamento de Di Pietro (2011), defende a idéia de que as Organizações Sociais são *“um dos muitos instrumentos de privatização de que o Governo vem se utilizando para diminuir o aparelhamento do poder público”*, ficando *“nítida a intenção do legislador em instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público”*.

Ainda nesta linha, outra demanda proposta no Município do Rio de Janeiro (RJ)⁷ aduz que, de acordo com o modelo das OSs, o Estado terceiriza a gestão dos recursos humanos, despindo-se do dever de fazê-lo diretamente. Acredita-se, portanto, que, pelo menos quanto ao Estado do Rio de Janeiro, o manejo de Organizações Sociais para a administração de unidades estaduais de saúde pública

⁶ ACP 0018907-90.2012.8.19.00363 (TJRJ, Duque de Caxias, 2012).

⁷ ACP 0008849-31.2015.8.19.00013 (TJRJ, Rio de Janeiro, 2015).

configura mais um exemplo da falta de política de recursos humanos e gestão de trabalho no Estado.

Além do prejuízo que pode ser causado ao patrimônio do SUS pela ausência de procedimento licitatório na aquisição de bens e serviços, outras ações propostas no Estado de São Paulo⁸ também abordam a questão dos servidores públicos, cuja preocupação está manifesta na possibilidade de cessão destes para as entidades privadas. Os servidores que antes possuíam vínculo com o Poder Público, sujeitando-se ao regime jurídico específico da administração pública, se vêem, agora, inseridos em um contexto completamente distinto, qual seja, o da iniciativa privada. Neste novo contexto, não estão em jogo deveres e obrigações típicos do vínculo jurídico público e da carreira pública, como, por exemplo, a necessária observância ao princípio da impessoalidade para a contratação, a progressão e a demissão. Tal situação acaba, na visão do autor ministerial, com qualquer estruturação de carreiras públicas, podendo gerar desordem nas relações de trabalho e na organização dos serviços.

Outros argumentos críticos ao instituto da terceirização podem ser encontrados em ação civil pública proposta pelo MP, no Estado do Espírito Santo⁹. Primeiro, o autor questiona se a terceirização seria a melhor forma de alcançar o bem-estar social tão preconizado no texto constitucional de 1988, buscando resposta em Boschetti (2003), para a qual não parece que o Sistema Único de Saúde, inserido em uma sociedade desigual e marcado pela escassez de recursos, pela duvidosa qualidade de serviços e pela ampliação de esquemas de privatização, seja capaz de atingir a previsão normativa de universalidade e de bem-estar social. Segundo a autora, as sucessivas reformas do Estado e, sobretudo, da previdência social, implementadas ao longo da década de 1990 e justificadas sob a alegação de um suposto déficit entre receita e despesa, vêm contribuindo para descaracterizá-la enquanto sistema de proteção social, além de favorecer a fragmentação das políticas sociais que a integram: previdência, saúde e assistência.

⁸ ACPs 0009087-81.2006.4.03.6100 e 0116598-68.2006.8.26.00533 (TJSP, São Paulo, 2006).

⁹ ACP 0026688-07.2014.8.08.00353 (TJES, Vila Velha, 2014).

O segundo ponto trazido pelo MP nesta ação é o distanciamento entre as diferentes concepções sobre eficiência em vigor nos setores público e privado. Aponta que o principal argumento dos defensores da terceirização é o princípio da eficiência, objetivo central da prestação de serviços públicos pelas Organizações Sociais. Contudo, argumenta que a promoção da saúde pelo Estado se pauta em valores que não informam, necessariamente, a concepção privada acerca de um serviço eficiente. O SUS deve oferecer uma atenção à saúde que seja, primordialmente, humanizada, integral, autonomizadora e emancipatória.

O controle social também permeia os argumentos no MP contra o modelo das OSs. Algumas ações¹⁰ propostas nos Estados do Maranhão e de São Paulo destacam que, pelo menos ao tempo de suas proposituras, os contratos de gestão para a terceirização da prestação de serviços de saúde não possuíam a necessária aprovação pelos Conselhos de Saúde, conforme determina o artigo 1º, § 2º da Lei 8.142/90.

Todos os argumentos já expostos ilustram a estratégia de impugnação do modelo, sob uma perspectiva teórico-jurídica no exercício de confronto das normas que autorizam o modelo de governança com a ordem constitucional e legal vigente. De qualquer sorte, com o julgamento definitivo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da ADIN 1923/98 (tópico 6), os demais órgãos do Poder Judiciário ficaram vinculados à decisão da corte pela constitucionalidade do novo modelo, e muitos dos argumentos trazidos pelo MP perderam eco.

Conforme determina a Constituição da República:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

¹⁰ ACPs 0009656-66.2003.4.01.3700, (TJMA, São Luiz, 2003); 0009087-81.2006.4.03.6100 (TJSP, São Paulo, 2006) e 0116598-68.2006.8.26.005310 (TJSP, São Paulo, 2006).

esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1998, artigo 102, par. 2^o)

Por outro lado, é importante observar que o Supremo Tribunal Federal não definiu, no voto vencedor redigido pelo Ministro Luiz Fux, quanto à necessidade da participação das OSs se dar em caráter complementar, embora este argumento tenha sido incluído como causa de pedir pelo autor da ADIN 1923 (vide tópico 6). Continua em aberto, portanto, o questionamento acerca da possibilidade, à luz do texto constitucional, de o gestor promover a terceirização da gestão da maior parte da rede de unidades daquele nível de gestão ou de atenção (como a rede de atenção básica, por exemplo).

Neste sentido, opina o promotor 1:

Penso que a Secretaria de Estado deve tomar cuidado para não exagerar na dose, ou seja, entregar um volume de serviços tão grande na mão da iniciativa privada que ele se veja refém da OS. Se ele for, por exemplo, puni-la, para quem ele entregará o serviço? (...) Então, acho temerário, por exemplo, um gestor colocar toda a atenção primária do município na mão das OSs. Se elas não derem conta ou prestarem mal, será um grande problema. Havia uma orientação na Secretaria de Estado, aqui em São Paulo, de não permitir que uma OS assumisse muitos serviços, justamente para evitar que o gestor perca o controle.

Ainda sobre a complementariedade, quando estive na gestão, eu opinava em não transformar nenhum equipamento público em OS, apesar da lei estadual permitir. Entendo que essa permissão é inconstitucional. Deve valer a regra da complementariedade, segundo a qual só se pode admitir a iniciativa privada para ampliar a rede, se as capacidades do gestor não são suficientes para suprir a demanda. Ora, se já há o equipamento público que funciona, não há motivo para

transformar em OS.

O entendimento também encontra lastro na jurisprudência¹¹. Foi julgada no Distrito Federal (DF) ação que pedia a anulação de contrato de gestão celebrado entre determinada organização social e o Distrito Federal, tendo em vista que a gestão do Hospital foi transferida, integralmente, à entidade privada, embora esta devesse atuar de forma complementar, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 199 da Constituição Federal. A sentença proferida pelo Juiz de Primeiro Grau entendeu procedente o pedido ministerial, declarando a nulidade do contrato de gestão supracitado. Insatisfeita, a organização social ré, na tentativa de ver modificada a decisão, interpôs recurso, alegando, em síntese, a inexistência de impedimento constitucional para a celebração de contratos de gestão entre a Administração Pública e Organizações Sociais. No entanto, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, manteve a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau. Do voto do relator é possível extrair o entendimento de que a celebração de contratos de gestão deve-se dar de forma a complementar à prestação estatal e não de modo a transferi-la integralmente a entidades privadas. Ou seja, as organizações sociais devem atuar ao lado do ente público, complementando-o, ao invés de substituí-lo. Entendeu o TJ-DF que o contrato de gestão, na verdade, foi utilizado como instrumento para a terceirização da prestação do serviço público de saúde e não como forma de complementar a atividade estatal.

Ademais, entendeu o Tribunal que não teriam sido preenchidos adequadamente os requisitos legais para a qualificação da entidade como organização social, tendo em vista que seu Estatuto Social não previa a participação de membros de notória capacidade profissional e idoneidade moral, nem tampouco dispunha acerca da publicação trimestral dos relatórios financeiros e relatório de execução do contrato de gestão, conforme exige o art. 2º, I, alíneas "d" e "f" da Lei Distrital nº 4.081/2008.

Observe-se, ainda, que o STF determinou que as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública,

¹¹ Processo n. 0051555-72.2009.8.07.000111 (TJDF, 2009)

objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF.

Desta forma, embora não se exija o rigor dos procedimentos previstos na Lei n. 8.666/93, há que se exigir dos gestores que as contratações sejam precedidas de procedimentos que garantam a seleção pública, objetiva e impessoal. Esta exigência tem sido também encampada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo¹².

Validado o novo modelo de governança pelo STF, ganha relevância a estratégia de fiscalização e controle dos contratos em curso. Apesar da expectativa preconizada pelos defensores deste modelo, em prol da transparência, da participação popular, da eficiência e do corte de despesas, a fiscalização e o controle desempenhados pelo Ministério Público, em alguns estados, tem revelado, na realidade, graves problemas, tais como irregularidades na qualificação das Organizações Sociais, ausência de participação popular e controle social, falhas e deficiências na prestação do serviço, falta de controle público e esquemas de corrupção, com grandes desvios de recursos públicos. Passa-se a expor, portanto, os resultados da pesquisa relativa à vertente de fiscalização e controle pelo MP dos contratos de gestão celebrados pelos gestores do SUS com Organizações Sociais.

No Município de Natal (RN)¹³, o MP demonstrou que uma entidade contratada pelo poder público estaria, em tese, impedida de ser qualificada como organização social por não atender aos requisitos formais e técnicos exigidos. A entidade realizou uma alteração irregular (sem deliberação em assembléia) em seu estatuto para satisfazer a exigência legal de participação de pessoas da comunidade em seus quadros. Ainda assim, foi a única qualificada, o que, por si só, já descaracterizou a concorrência.

Segundo o MPRN, esta entidade não logrou comprovar, à época de sua qualificação, qualquer experiência na administração de estabelecimentos ou projetos na área de saúde, além de não possuir estabelecimento no estado e nem funcionários atuando neste.

¹² SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 25ª sessão ordinária do Tribunal Pleno, realizada em 05 de setembro de 2012. Processo n. TC-000874.989.12-2.

¹³ ACP 0800817-45.2013.8.20.00014 (TJRN, Natal, 2013)

Na execução do contrato, a OS terceirizou também a contratação de médicos, ao invés de limitar-se a contratar serviços relativos às atividades-meio do hospital.

Em Vila Velha (ES) ¹⁴, a demanda do MPES narra que o contrato de gestão firmado entre a Administração Pública e a instituição ré viola, principalmente, os princípios da impessoalidade e da isonomia, visto que, à época de sua celebração, a entidade ré não se apresentava ainda qualificada como organização social no âmbito municipal. No processo seletivo da OS, o MPES identificou a ocorrência de diversas deficiências, como a ausência de levantamento de custos satisfatório, o que deu margem a desvios na avaliação e valoração dos serviços prestados. Foi apontada, ainda, a inexistência de parâmetros de cálculo relativo ao custo final da atividade assistencial contratada, de modo que a municipalidade desconhecia os valores dos serviços que seriam prestados pela Organização Social, inviabilizando a verificação de compatibilidade com os preços praticados no mercado.

Outra carência observada no processo seletivo em questão diz respeito a não apresentação, por parte do Poder Público, de informações mínimas necessárias à elaboração de plano de trabalho pelas instituições interessadas em participar do certame. Do edital, o MPES extraiu estarem ausentes informações como o quantitativo de servidores públicos lotados na unidade e a especificação dos materiais de consumo gerais, médico-hospitalares, odontológicos e medicamentos.

Em análise ao contrato de gestão celebrado, o MPES apontou falhas, tais como: a ausência de previsão de qualquer garantia especial ao patrimônio público passado à gestão da organização social, bem como a falta de fixação de objetivos e metas a serem atingidos, e de índices e critérios para a avaliação do serviço prestado pela OS. Não havia previsão de quanto deveria ser pago à OS, a partir do 15^o mês do contrato, sendo certo que o reajuste era admitido independente de qualquer fator que indicasse alteração no equilíbrio econômico-financeiro.

Essa é uma questão recorrente nas Ações Cíveis Públicas: a não estipulação, por parte do Poder Público, de metas e indicadores que regerão a atuação das

¹⁴ ACP 0026688-07.2014.8.08.00354 (TJES, Vila Velha, 2014)

organizações sociais na prestação dos serviços contratados. A ausência destes dificulta o controle do Estado sobre a contraprestação devida, permitindo, ainda, o repasse de verbas às organizações mesmo que estas estejam prestando um serviço de má qualidade.

Em São Paulo (SP), o MPSP propôs, no ano de 2007, uma ação civil pública em face deste município, diante da constatação de deficiências no acompanhamento, na supervisão, orientação e, principalmente, na fiscalização da execução dos contratos/convênios firmados pela Secretaria Municipal da Saúde com instituições da sociedade civil para a gestão de unidades básicas de saúde. Os contratos/convênios vinham sendo firmados desde 2001, embora a Secretaria Municipal da Saúde apenas tenha dado início à análise das prestações de contas apresentadas pelas entidades contratadas em janeiro de 2006, oportunidade em que encaminhou comunicados aos diretores e presidentes das instituições, noticiando a falta de diversos documentos, exigidos pela legislação local. Em outras palavras, do ano de 2001 até dezembro de 2005, muito embora os repasses regulares de dinheiro público tenham sido feitos, nenhuma análise das contas prestadas pelas instituições parceiras havia sido realizada pela Municipalidade.

O MPSP identificou na documentação analisada que a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo não avaliava o desempenho técnico administrativo das Conveniadas, não possuindo, sequer, equipe própria e qualificada para a realização dessa atividade.

No Município do Rio de Janeiro (RJ)¹⁵, as demandas propostas pelo MPRJ caracterizam como indevida a qualificação concedida pelo gestor municipal a entidades privadas, tendo em vista a ausência de comprovação de instalações no Município do Rio de Janeiro e de experiência na prestação de serviços de saúde, pelo prazo mínimo de dois anos, conforme exigido pela lei local (Lei Municipal n. 5.029/09).

Relata, ainda: a) que a Administração Pública não realizou vistoria *in loco*

¹⁵ ACPs 0413062-49.2014.8.19.0001, 0360053-41.2015.8.19.0001, 0489633-27.2015.8.19.0001 e 0260035-80.2013.8.19.00014 (todas TJRJ, Rio de Janeiro, 2015),

quanto à existência e adequação de sede ou filial no endereço apontado pela entidade, como preceitua o §1º do artigo 2º da Lei 5029/09; b) ausência de membros da comunidade no Conselho da entidade; c) que não há comprovação de que a entidade conte com profissionais, no quadro de pessoal, com formação específica em gestão das atividades que haverão de ser desempenhadas.

Nestas demandas, foi, ainda, denunciada a escolha arbitrária da OS contratada, com violação ao princípio constitucional da impessoalidade para a sua seleção.

A investigação¹⁶ feita pelo MP revelou que a organização social escolhida recebeu informações privilegiadas, tendo sido a única concorrente a realizar encontros com representantes da Administração Pública, a fim de receber esclarecimentos quanto ao edital de seleção que se encontrava, propositalmente, mal formulado, omissivo e vago. Neste processo seletivo, a Secretaria Municipal de Saúde ainda influenciou as propostas, ao antecipar, antes de recebê-las, o valor máximo que estaria disposta a pagar pelo contrato de gestão.

Embora não preenchesse os requisitos legais para a qualificação (experiência mínima na prestação de serviços de saúde, instalações no Município do Rio de Janeiro e comprovação de pessoal qualificado), a OS contratada pelo gestor municipal logrou nota 10 (dez), no processo seletivo, em todos os itens de avaliação e julgamento atinentes à experiência, a saber, experiência em gerenciamento de serviços de saúde em municípios com dimensões populacionais e rede de serviços de saúde de proporções semelhantes a do Município do Rio de Janeiro e, principalmente, experiência em gerenciamento de serviços e ações voltadas às urgências e emergências em unidades de saúde. O MP, entretanto, verificou que a OS contratada tinha comprovado, no processo seletivo, experiência apenas na área de saúde bucal. Verificou, ainda, que SMS-RJ sequer visitou as instalações desta entidade, conforme determina a lei municipal.

Além da inexistência de sede e funcionários no Município do Rio de Janeiro, a organização social ré não possuía em seu órgão diretivo e em seus conselhos sequer

¹⁶ 0360053-41.2015.8.19.0001 (TJRJ, 2015)

um integrante que residisse neste município, o que tende, segundo o MPRJ, a comprometer o bom desenrolar do serviço.

Nesta demanda, o objeto contratado envolvia nova categoria de estabelecimento de saúde criada pela SMS-RJ, a saber, o Centro de Emergência Regional (CER). No chamamento das entidades interessadas, o gestor deixou de dimensionar e delimitar com precisão e clareza o serviço a ser prestado. sequer previa a metragem total dos espaços públicos que a Administração Pública estava entregando à gestão dos particulares. Não havia, no processo seletivo, qualquer documento que pudesse fazer as vezes de um projeto básico, como referência para a estimativa de custos. Da seleção, todas as organizações sociais saíram desclassificadas. Contudo, ao invés de a Administração Pública designar data para a realização de nova seleção, foi aberto prazo às entidades desclassificadas para que apresentassem nova proposta. Além de tal medida não encontrar guarida na legislação municipal, os participantes tiveram acesso aos seus erros, o que lhes possibilitou corrigi-los, indo da derrota à vitória. E foi assim que a OS contratada saiu como vencedora: apresentando proposta idêntica à primeira, ajustando apenas aqueles trechos que a fizeram obter uma pontuação baixa.

Por conseguinte, o contrato celebrado com esta OS não guardou qualquer correlação com o edital usado no processo seletivo, assim como seu objeto não restou compatível com a proposta por ela apresentada.

Outro grave problema apontado na demanda foi a falta de profissionais da área de saúde, quais sejam, médicos, técnicos de enfermagem, enfermeiros e assistentes sociais, que deveriam ser empenhados no serviço, conforme o contrato celebrado.

Quanto à falta de médicos, foi apontada como causa a reduzida remuneração ofertada pela OS, em comparação com a oferecida por outras organizações sociais e pelo mercado privado, bem como a baixa frequência de processos seletivos de profissionais devidamente publicizados.

Quando à falta de técnicos de enfermagem, enfermeiros e assistentes sociais

revelou o MP um acordo officioso feito entre a OS e o gestor municipal para a dispensa da obrigação de fornecer ao serviço o quadro de profissionais previsto no contrato. O acordo, entretanto, não estava amparado em termo aditivo contratual e não contemplou qualquer revisão de preço. Em outras palavras, embora o quadro não estivesse completo, a organização social recebia como se assim estivesse, sendo-lhe repassado o orçamento devido pelo número de vagas inicialmente contratadas, em conjunto com os valores correspondentes aos encargos patronais, como se os estivessem sendo despendidos.

Ademais, aponta o MP que a entidade deslocava valores de rubricas para saldar despesas subestimadas ou não previstas na proposta de seleção, em prejuízo do planejamento sério ou confiável de gastos para a gestão da unidade de saúde.

Na aquisição de bens e serviços pela entidade, constatou o MP que a OS celebra contratos com pessoas jurídicas cujos administradores possuem parentesco ou proximidade com seus próprios diretores, havendo claro direcionamento dos contratos de compras e serviços para abastecimento da unidade de saúde, com violação aos princípios constitucionais republicano e da impessoalidade.

Em análise das despesas realizadas pela OS, verificou o MPRJ terem sido pagas pelo erário municipal custas com passagens aéreas, traslado, acomodação e alimentação de profissionais de saúde trazidos de São Paulo para suprir a deficiência do quadro da organização. Revelou-se, ainda, a reiterada celebração de contratos superfaturados pela OS para a aquisição de medicamentos, contratação de serviços de limpeza, vigilância, engenharia clínica, manutenção predial, raio-X e imagens, bem como o pagamento frequente de notas fiscais em duplicidade.

Em apuração às queixas de demora no atendimento que os usuários apresentavam, verificou o MPRJ que a OS não havia disponibilizado o número de leitos e profissionais previstos no contrato. E, a despeito disso, o cumprimento das metas contratuais era aferido pelo gestor municipal com base em relatórios preenchidos pela própria OS.

No Rio de Janeiro (RJ), outra ação proposta pelo MPRJ¹⁷ revelou a correlação entre um processo viciado de qualificação e seleção da OS, a ausência de controle por parte da administração pública e a deficiente prestação do serviço. Ao longo da execução contratual, foi verificado um elevado quadro de absenteísmo e de precariedade no atendimento, além de recorrente descumprimento às cláusulas referentes à administração da unidade e à gestão dos recursos repassados. A entidade sequer quitava, no prazo, os encargos trabalhistas e demais tributos, o que acabou por onerar o erário municipal com despesas relativas a juros e multas. Nesta ação, o MPRJ pede ao Poder Judiciário a desqualificação da entidade como OS.

Cite-se, ainda, mais uma ação civil pública¹⁸ na qual o processo de qualificação e seleção da OS contemplaram entidade cuja capacidade técnica necessária na área da saúde não estava comprovada. Neste caso, todos os atestados de experiência e capacidade técnica que a OS apresentou estavam subscritos pelo pai de seu presidente. Este assinava como representante de uma segunda entidade da qual fazia parte, como diretor, o próprio presidente da OS contratada. Esta OS foi constituída apenas 06 (seis) meses antes do contrato celebrado com o município, a despeito da exigência legal de experiência mínima de dois anos na área da saúde. As instalações indicadas pela entidade no Município do Rio de Janeiro situavam-se em um simples sítio (imóvel rural) sem qualquer mobiliário ou estrutura. É de se admirar que este imóvel tenha sido visitado *in loco* pela Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, e, ainda assim, apesar de todas as irregularidades narradas, a entidade logrou ser qualificada como OS e contratada para gerir um dos principais hospitais do Município do Rio de Janeiro, cujo contrato importaria no repasse de quase R\$ 300.000.000 (trezentos milhões de reais) da verba destinada à saúde pública.

Em análise ao contrato de gestão, o MPRJ apontou que não foram estipuladas metas concretas a serem perseguidas pela OS, além de não ter sido condicionado o repasse de verbas ao atingimento de bons resultados, determinando apenas que, se bons os resultados, maior seria o valor repassado. Ou seja, a OS recebe independentemente dos resultados. Somente se tiver o interesse em receber um repasse extra, de apenas um vinte avos do valor contratado, deve comprovar que o

¹⁷ ACP 0489633-27.2015.8.19.0001 (TJRJ, 2015)

¹⁸ ACP 0260035-80.2013.8.19.0001 (TJRJ, 2013)

desempenho foi bom.

Já na análise dos contratos celebrados pela OS com fornecedores de serviços e insumos, foi apontada pelo MPRJ a contratação de empresas geridas pelos próprios diretores da OS. Eram celebrados contratos em favor próprio por preços bem acima do praticado no mercado.

Em visita ao hospital gerido por esta OS, o MPRJ verificou inúmeras irregularidades na gestão e assistência à saúde, entre elas:

- ausência de dados fidedignos sobre a gestão hospitalar, tendo em vista a não localização de documentos relativos aos contratos administrativos firmados entre a Organização Social e outras empresas fornecedoras de equipamentos, serviços e insumos hospitalares;

- ausência de organograma de gestão da unidade, impedindo a transparência quanto às responsabilidades dos gerentes;

- absenteísmo significativo de médicos e enfermeiros, não havendo controle de ponto biométrico instalado, mas apenas um falho controle eletrônico;

- acumulação indevida de funções prejudicando a celeridade no atendimento durante o plantão em unidades distintas;

- o atendimento dos pacientes internados e os casos graves eram acumulados, em prejuízo do acompanhamento da evolução clínica;

- desconhecimento dos gestores acerca de elementos mínimos de controle hospitalar, tal como o número de leitos da unidade de saúde, indicando falta de zelo pelos dados gerenciais importantes para uma eficiente gestão;

- ausência de informação sobre o tombamento do mobiliário e equipamentos de apoio diagnóstico pertencentes à Secretaria Municipal de Saúde (ausência de controle patrimonial);

- não foram apresentados protocolos e diretrizes formais para acolhimento e classificação de risco e tampouco informações sobre o diagnóstico e tratamento das patologias mais incidentes na atenção hospitalar, realçando a ausência de gestão quanto ao sistema de informações epidemiológicas, ou mesmo quanto às taxas hospitalares;

- grave deficiência no acolhimento e classificação de risco feita por técnicos de enfermagem e na triagem pelos recepcionistas, que bloqueavam o acesso dos pacientes, os quais aguardavam atendimento em pé, sem macas e mobiliário suficientes;

- sobrecarga da Sala de Hipodermia, utilizada indevidamente para manter pacientes com alta, internados ou pacientes aguardando vagas nas enfermarias;

- desconforto em todos os setores para os acompanhantes de pacientes graves;

- falta de gestão do setor de Radiologia do hospital;

- sobrecarga e excesso de pacientes da Sala Amarela, na qual atrasos na medicação e no atendimento médico eram provocados pela insuficiência de médicos, que acumulavam plantão com realização de cirurgias e visitas de rotina aos internados nos demais setores do Hospital;

- mistura de pacientes portadores de doenças infecto-contagiosas, como tuberculose, com outros pacientes, submetendo-os ao risco de contaminação;

- deficiências e omissões no preenchimento dos prontuários, dificultando ainda mais o trabalho dos plantonistas quanto à interpretação da evolução dos quadros clínicos dos internos, em desacordo com a Portaria MS 2.048/2002;

- superlotação da Sala Vermelha;

- pacientes irregularmente mantidos na Sala Vermelha;

- Unidade Transfusional funcionando sem licença da Vigilância Sanitária Estadual, podendo acarretar risco de contaminação em todo suplemento de sangue fornecido a cirurgias e emergências na unidade hospitalar;

- Centro Cirúrgico com portas inadequadas para a passagem de macas, ensejando risco de contaminação;

- as Comissões Hospitalares, embora em funcionamento, não efetuavam análises e providências quanto às irregularidades constatadas dentro da unidade;

- ausência de rotinas visíveis nos setores visitados, ausência de clareza quanto ao papel do SAMU/GSE e suas rotinas, além do sistema de referência seguido.

Ainda no Rio de Janeiro (RJ) ¹⁹, outra Ação Civil Pública aponta um grande esquema de desvio de recursos públicos por parte de uma Organização Social contratada por este município para a gestão de unidades de saúde. A investigação feita pelo MPRJ constatou que o esquema se desenvolvia: 1) pela contratação de empresas prestadoras de serviços pertencentes aos próprios dirigentes da OS, as quais, em sua maioria, eram empresas meramente de fachada, conhecidas como empresas fantasmas. Estas recebiam recursos públicos geridos pela OS (pagamentos), mas não realizavam qualquer tipo de contraprestação (serviço); 2) além disso, os contratos celebrados com empresas pertencentes a terceiros eram, flagrantemente, superfaturados.

Versam, ainda, sobre os mesmos temas, quais sejam o descumprimento contratual, a má qualidade na prestação do serviço e a inobservância dos princípios da administração pública na aquisição de bens e serviços por parte das organizações sociais, as ACPs 0413062-49.2014.8.19.0001, 0489633-27.2015.8.19.0001 e 0260035-80.2013.8.19.000120 (TJRJ, Rio de Janeiro, 2013, 2014, 2015).

¹⁹ ACP 0335822-47.2015.8.19.00015 (TJRJ, Rio de Janeiro, 2015).

Em São Paulo (SP), o MPSP propôs ação civil pública²¹ contra o Estado de São Paulo e uma Organização Social contratada para realizar obras de reformas em unidade de saúde e para gerir um programa específico que nesta unidade hospitalar foi implantado pela SES-SP. Segundo o MPSP, a OS contratada tinha como presidente de seu conselho de administração o mesmo profissional médico que coordenava o programa no âmbito do Governo do Estado, ou seja, a OS foi contratada para gerir um programa de saúde coordenado pelo mesmo profissional que a administrava.

Esta ação foi subscrita pelo promotor 5, entrevistado na presente pesquisa. Relatou o entrevistado que nunca impugnou o modelo das OS com base nos argumentos que invocam inconstitucionalidade, mas sempre se concentrou em estabelecer parcerias com o Tribunal de Contas e o Conselho de Saúde para verificação da adequação da qualificação das OS, da legalidade e moralidade dos gastos efetuados, da composição do RH e do atendimento à população. Declara como costumeira a visita *in loco* nas unidades de saúde geridas pelas OSs, para verificação da gestão e da assistência à saúde dispensada.

A importância das visitas às unidades de saúde para aferição do serviço prestado pelas OSs também ficou evidenciada nas demandas propostas pelo MPRJ, que rotineiramente se faz acompanhar de um grupo de apoio técnico composto por médicos e enfermeiros, contratados pelo próprio MPRJ, os quais subscrevem os relatórios técnicos analíticos do que foi verificado *in loco*.

O promotor 5 relata interessante experiência na qual um grupo de trabalho, formado por integrantes do Ministério Público Federal, do Ministério Público de São Paulo, do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, do Conselho Municipal de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde, formulou em conjunto algumas sugestões para a melhoria dos contratos de gestão celebrados pelo Município de São Paulo. Relata que, dentre as mudanças implantadas, passou a ser prevista no contrato uma equipe mínima de profissionais para a qual a OS se obriga em relação a cada serviço. Essa medida buscou evitar distorções antes verificadas, como, por exemplo, a hipótese em que uma meta alta de atendimentos médicos pediátricos era atingida com

²¹ Processo n.1026868-48.2014.8.26.0053 (TJSP, 2014).

o plantão de um ou poucos pediatras em dias determinados. Para atingir a meta, o número diário de atendimentos daquele pediatra devia ser tão elevado que a qualidade da assistência acabava comprometida.

Outra mudança foi citada como decorrência da atuação de membros do MPSP. Relata o promotor 1 que as taxas de administração cobradas pelas OSs foram retiradas dos contratos de gestão praticados pela SES-SP, por influência do promotor de justiça que esteve cedido para esta gestão.

Já o promotor 3 relata a existência de investigações na Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público que apuram notícias de funcionários fantasmas das OSs. Diz que através da realização de oitivas (ato formal de ouvir investigados e testemunhas) já foi possível identificar alguns casos.

O assunto do modelo de governança por OS ainda parece de difícil manejo no âmbito do Ministério Público, em especial no tocante à estratégia de fiscalização adequação da qualificação, seleção, contratação e controle dos contratos de gestão celebrados. O tema envolve um conhecimento específico de gestão pública da saúde, e os promotores entrevistados declaram esta dificuldade (promotores 1, 4 e 5).

10. CONCLUSÃO

Conforme já exposto, a concepção da saúde como um direito individual e social avançou na mesma conjuntura política da ampliação do papel do Ministério Público, em um movimento de mudança de paradigma em relação à proteção social, que buscou na Instituição um adensamento de seu sistema.

Desde a consagração da saúde como um direito relacionado à cidadania, e do lançamento da base constitucional do Sistema Único de Saúde, já se apontavam desafios conjunturais nos contextos político nacional e internacional, desfavoráveis à sua implantação, ao menos segundo a reforma social trazida pela Constituição Federal de 1988 e ao *projeto* da Reforma Sanitária. Já se desenhavam outras agendas de reformas conduzidas por políticas de ajuste estrutural, preocupadas em lidar com a crise fiscal do Estado.

Os conflitos e contradições na criação de um sistema público e universal de saúde estavam presentes diante da concorrência de projetos de diferentes grupos políticos. Setores que se opuseram ao projeto da Reforma Sanitária participaram da tarefa de implementação do SUS no período pós-88, em um contexto de reforma geral do Estado Brasileiro e de seus modelos administrativos, situação que impactou sobremaneira a implantação do SUS.

O contexto de crise econômica, fiscal e de governabilidade pós-constitucional colocou em xeque o modelo de Estado de Bem-Estar Social, através da política encetada pelo Governo Federal que identificava neste modelo a causa de demandas crescentes por parte da sociedade e, conseqüentemente, um crescimento desordenado do aparelho do Estado para atendê-las.

Desta forma, as reformas políticas, econômicas e administrativas priorizaram, no contexto brasileiro pós-constitucional, medidas orientadas para a redução do tamanho do Estado e do quadro do funcionalismo público e para a redefinição de seu papel regulador.

A reforma administrativa, implementada a partir dos anos 90, teve como um

dos principais objetivos flexibilizar princípios da administração pública burocrática apoiada no modelo weberiano, em nome da agilidade e eficiência para o atendimento das necessidades da sociedade.

A concepção weberiana preocupa-se com a identificação de um modelo de organização capaz de evitar o atuar informal, irracional e arbitrário. Busca-se um padrão ideal de relações, pautado na racionalidade, na normatização, na hierarquia, na especialização e na impessoalidade.

O modelo gerencial, por sua vez, sustenta que a eficiência na prestação dos serviços públicos depende da flexibilização dos procedimentos excessivamente formais de recrutamento, carreira e avaliação de desempenho dos servidores públicos, preconizados pelo modelo burocrático.

Os princípios constitucionais republicanos que informam a administração pública, entretanto, impõe que o profissionalismo e a impessoalidade sejam características comuns aos dois modelos. Não há, portanto, o rompimento total com o modelo anterior. O que os diferenciaria seria a ênfase dada pelo modelo burocrático, em relação ao controle, aos processos ou procedimentos, enquanto que no gerencial a ênfase se dá nos resultados. E os resultados da ação estatal são tidos como satisfatórios de acordo com a satisfação do cidadão.

Daí a preocupação de que a introdução do modelo de governança por meio de Organizações Sociais seja apenas uma tentativa de escapismo ou fuga de controles centralizados sobre os meios, tendentes a gerar o reenquadramento do modelo administrativo no esquema geral de controle público.

A idéia do novo modelo era trazer uma forma de propriedade pública não estatal, constituída por associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas para o atendimento do interesse público. Todavia, paradoxalmente, parece que sua legitimação para atuação no âmbito das políticas sociais não contou com o apoio expresso dos setores de participação popular, mas antes compôs um quadro de ajuste liberal implementado pelo Governo.

Em São Paulo, por exemplo, estado pioneiro na implantação do novo modelo de governança por OSs, o pacto social o admitiu apenas para a expansão da rede de saúde, após a aprovação legislativa em nível federal. Todavia, o Poder Executivo, ao longo do tempo, acabou implantando o modelo de forma a substituir a gestão própria pela gestão contratualizada com as OSs.

O pensamento que predominou nas instâncias no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, repetiu a retórica de que o país não tem condições materiais e estruturais para suprir a demanda social, se adotado o modelo administrativo clássico. A alternativa dos tribunais foi por um julgamento político, que consolidou a introdução das OSs no âmbito da saúde, sem que se tenha identificado, na jurisprudência analisada, bases empíricas para sua legitimação. O empirismo se reservou a alguns poucos exemplos de entidades, que, na visão dos Ministros do STF, seriam bem-sucedidos.

Além disso, o presente estudo revela que, na medida em que manteve pendente de julgamento por dezesseis anos a ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a lei federal das Organizações Sociais, o STF assumiu, reconhecidamente, os custos associados à demora, e, nessa medida, inibiu a alternativa da declaração de inconstitucionalidade, mesmo antes de sua decisão, diante da dificuldade de adoção de alternativa diversa, que anteriormente podia ser possível. As manifestações exaradas pelos próprios Ministros demonstram que os efeitos da demora no julgamento são reconhecidos como causa militante da consolidação do modelo. A falta de celeridade no julgamento bloqueou a adoção de outros rumos.

Como consequência do incentivo produzido pela indefinição da Corte Constitucional, os membros do MP foram induzidos a uma ou outra alternativa de atuação, ou mesmo à inação.

Há o reconhecimento, por parte de membros do Ministério Público, de certa omissão ou inércia por parte da instituição em relação à trajetória inicial de implantação do modelo de governança por OS, ainda que este reconhecimento seja

justificado pelos próprios interlocutores com base no desconhecimento da matéria e na surpresa em relação à inovação da gestão.

Ao lado do Poder Judiciário, também em relação ao Poder Executivo e aos Tribunais de Contas, os Membros do Ministério Público trazem à tona a importância dos efeitos das interações dos atores sobre a política. A partir da perspectiva do institucionalismo histórico, é importante notar a responsabilidade que reservam para a instituição, a partir do papel e das estratégias dos demais atores, nos rumos e na modelagem das decisões políticas.

A pesquisa releva que a forma mais ou menos democrática como o gestor conduziu o processo político de implantação de seus projetos e programas também pautou os rumos seguidos pelos Promotores de Justiça.

No Estado de São Paulo, os demais atores envolvidos com a consolidação do modelo de governança por OS (Executivo, Legislativo, Tribunal de Contas e Judiciário) encamparam a tese da constitucionalidade e da legalidade, o que já limitou o horizonte de opções e alternativas dos membros do MP, ainda que alguns promotores mantivessem posição ideológica diversa.

Todos os fatores identificados na pesquisa como determinantes para os rumos que o Ministério Público vem adotando diante do modelo de governança por OS introduzido no Brasil, encontram peso maior ou menor em função da independência funcional ostentada pelos seus membros.

Com a ampliação de suas funções para a tutela de direitos difusos e coletivos, a atuação dos membros do MP ganha inegável dimensão política. A viabilidade de concretização das funções que foram atribuídas à instituição pressupõe a independência de seus membros. Esta, entretanto, deve estar amparada no interesse público e não no voluntarismo individual, afinal trata-se de um atributo da instituição e um direito fundamental do cidadão.

A pesquisa identifica que as estratégias eleitas pelos membros do MP não são influenciadas apenas pelos rumos assumidos pela política e por seus atores. As

preferências políticas que cada um possui, de acordo com sua condição de cidadão, mantém inegável importância.

Embora a instituição busque, em seu atuar, se manter equidistante e imparcial em relação a disputas político-partidárias, cingindo-se à aplicação da lei, a interpretação dos fatos e a eleição da forma de atuar pelo Promotor de Justiça está ligada, ao lado do Direito, à percepção que ele tem do jogo político e das crenças que desenvolve em sua formação e interação social. Aqui se revela a face criativa e interativa da Instituição, determinada por um corpo de indivíduos com valores próprios e diferentes entre si.

Ao lado destes valores, a cultura técnica-burocrática e o formalismo inerente à instituição foram identificados como outros fatores que pautaram a escolha de uma ou outra forma de atuar, conforme demonstra a fundamentação usada em inúmeras demandas judiciais analisadas na pesquisa, que impugnam a validade das leis (e dos contratos delas decorrentes).

Tais são as evidências de que as decisões do MP sofreram influências de contextos institucionais complexos, com interações historicamente enraizadas e incorporadas em estruturas sociais assimiladas pelos seus próprios membros.

Muitas dificuldades são apontadas em razão da falta de uniformidade de posicionamentos e de atuação. Tais dificuldades não devem, entretanto, desmerecer tão importante garantia constitucional conferida ao cidadão (a de contar com promotores independentes), mas, ao contrário, deve estimular o debate acerca dos mecanismos adequados de prestação de contas da atividade do MP à sociedade, bem como de uniformização da atuação, sempre que esta for necessária para a eficiência e efetividade da tutela dos interesses protegidos pela instituição.

Mais uma vez identificando a importância do papel das demais instituições e das interações sociais na modelagem das decisões pautadas pelo MP, as diferentes razões que pautaram as ações judiciais propostas em razão dos contratos de gestão, demonstram que a forma difusa e desarticulada de contratação das OSs por todo o território nacional agravou o cenário da falta de uniformidade de atuação ministerial.

Esta ilação é revelada, ainda, pelos roteiros de atuação funcional que padecem de uniformidade em relação à atuação dos diversos MP estaduais, ainda que sem caráter vinculativo.

Com o julgamento definitivo pelo STF a favor da constitucionalidade da lei federal que autorizou a contratação das OSs para gestão de política pública, os argumentos de alguns setores do MP em prol da inconstitucionalidade do modelo perderam eco.

Continua, entretanto, indefinido o questionamento acerca da possibilidade, à luz do texto constitucional, de o gestor promover a terceirização da gestão da maior parte da rede de unidades daquele nível de gestão ou de atenção.

Atualmente, o foco do MP está na fiscalização do novo modelo, em seus diversos aspectos: 1) qualificação das OSs; 2) processo seletivo; 3) aferição da legalidade e da possibilidade de controle dos contratos a partir das metas estabelecidas; 4) aferição das prestações de contas; 5) qualidade dos serviços prestados; 6) recrutamento e gestão de profissionais; 7) gestão de recursos e do patrimônio públicos administrado pelas contratadas.

A pesquisa revelou a necessidade de fortalecimento dos sistemas de controle, ainda que o discurso do gestor se pautar pela satisfação do cidadão, a qual, por óbvio, não afasta o necessário controle do patrimônio público. Satisfação do cidadão não deve se restringir à satisfação do usuário do serviço de saúde, mas inclui o cidadão que busca padrões de moralidade, isonomia e respeito ao patrimônio público.

Considerando o papel constitucional do MP, é legítimo, e até imperioso, que a instituição combata a desconsideração das noções de participação social, equidade, direitos e deveres inerentes à cidadania, pela atribuição da condição de mero consumidor ao cidadão usuário dos serviços públicos.

A separação entre aquele formula e aquele que implementa a política pública não pode gerar desresponsabilização e fragmentação institucional, sendo necessária a submissão das relações contratuais aos princípios constitucionais que orientam a

administração pública.

A estratégia de fiscalização e controle dos contratos de gestão por parte do MP analisada na presente pesquisa demonstra que, em diversos estados da federação, a transferência de recursos e patrimônio públicos para as Organizações Sociais, sem garantias de ressarcimento, em caso descumprimento de cláusulas contratuais, e sem a execução efetiva de sistemas de controles interno e externo, tem permitido graves precedentes de malversação de verbas públicas, favorecimentos e enriquecimentos ilícitos, em prejuízo da qualidade da assistência à saúde.

Conforme outrora previsto pelo Conselho Nacional de Saúde, há aspectos relativos à gestão de recursos humanos que criam situações de difícil administração, tais como, a possibilidade de ter na mesma unidade funcionários submetidos a diferentes regimes e com diferentes remunerações.

A análise das demandas judiciais propostas pelo MP permite questionar os desdobramentos da introdução do novo modelo de governança por meio de OSs na saúde, sugerindo que ele, na verdade, estimulou a criação de pessoas jurídicas de direito privado oriundas de grupos empresariais, formalmente desvinculadas de qualquer fundação pública ou outra pessoa integrante da administração pública, e, ainda, materialmente desvinculada da inclusão efetiva de participação social na gestão do serviço.

A despeito da expectativa preconizada pelos defensores do modelo das OSs, em prol da transparência, da participação popular, da eficiência e do corte de despesas, a fiscalização e o controle desempenhados pelo Ministério Público, em alguns estados, tem revelado, na realidade, graves problemas, tais como irregularidades na qualificação das Organizações Sociais, ausência de participação popular e controle social, falhas e deficiências na prestação do serviço, baixo controle público e esquemas de corrupção, com grandes desvios de recursos públicos.

Quando do lançamento do Programa Nacional de Publicização pelo MARE, argumentava-se que, quanto à gestão organizacional em geral, a vantagem evidente do modelo Organizações Social é o estabelecimento de mecanismos de controle

finalísticos, ao invés de meramente processualísticos, como no caso da administração pública. A avaliação da gestão de uma Organização Social dar-se-ia mediante a avaliação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão. Todavia, os resultados obtidos na pesquisa apontam que o Ministério Público se defronta, em alguns estados, com um cenário de falta de controle finalístico efetivo. Apontam, ainda, que a flexibilização das formas e procedimentos não garantiu, necessariamente, a eficiência do serviço público, mas dificultou o controle da impessoalidade, legalidade e moralidade nos processos de seleção das OSs e nas despesas realizadas.

Demonstrou-se que o controle em relação ao processo de qualificação e de seleção das OSs, tem que ser apto a fiscalizar o atendimento de “*níveis republicanos de comportamento*”, com a adoção de critérios isonômicos e impessoais na captação daqueles que exercerão o papel estatal.

As atuais organizações sociais tem autonomia financeira e administrativa, mas, contudo, são financiadas pelo próprio Estado e tem recursos assegurados no orçamento público. Não requerem investimentos prévios e, muitas, nem dispõem de patrimônio próprio, eis que assumem a gestão do patrimônio público que lhes é cedido, sem ampliar a prestação dos serviços, mas apenas substituindo o ente público preexistente.

Até o momento, a atuação do MP revela que, neste novo contexto de governança, não parecem estar em jogo deveres e obrigações típicos do vínculo jurídico público, com a necessária observância ao princípio da impessoalidade e da moralidade.

Questão recorrente nas Ações Civis Públicas é a não estipulação, por parte do Poder Público, de metas e indicadores que regerão a atuação das organizações sociais na prestação dos serviços contratados, o que dificulta o controle do Estado sobre a contraprestação devida, permitindo, ainda, o repasse de verbas às organizações, mesmo que estas estejam prestando um serviço de má qualidade.

O MP, atualmente, dedica-se a compreender melhor os processos de contratação e despesas. É importante, portanto, que este movimento não esteja

dissociado da idéia de que a promoção da saúde pelo Estado deve oferecer uma atenção à saúde que seja, primordialmente, humanizada, integral, autonomizadora e emancipatória.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. Reforma do Estado e administração pública gerencial, v. 4, p. 173-199, 1998.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos Direitos Coletivos. Revista de Ciências Sociais, vol. 14, n. 39. 1999.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Indo além da judicialização: o Ministério Público e o direito à saúde. **Confluências| Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 11, n. 2, p. 27-68, 2013.

AZEVEDO, Clovis Bueno e LOUREIRO, Maria Rita. Carreiras públicas em uma ordem democrática: entre os modelos burocrático e gerencial. Revista do Serviço Público, Ano 54, Número 1, Jan-Mar 2003.

BERCLAZ, Marcio Soares. Por uma crítica da razão e uma teoria da decisão para o Ministério Público. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/mp-debate-critica-razao-teoria-decisao-mp>. Acesso em 10 mar. 2016

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. Perspectivas: Revista de Ciências Sociais, v. 41, 2012.

BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. Psicologia & Sociedade, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, jan. 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 26 mar. 2016

BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público do estado. Brasília, DF, Diário Oficial da União. Seção 1. p. 23781, 15 jan. 1981.

BRASIL. Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União de 25 jul 1985.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20 nov. 2015.

BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.648-6/98. Brasília, DF. Diário do Congresso Nacional, pág. 3038, 29 abr. 1998.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94541.pdf>. Acesso em 23 jun. 2016.

BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992. 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.

BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde, 1997. Disponível em conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_97.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 131.680/MA, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, julgado em 31/03/1998. Lex: Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09/506

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-Distrito Federal, 01 de dezembro de 1998. Min. Rel. Ayres de Brito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoE>

[letronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668](#). Acesso em: 27 jan. 2016

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 278 de 1998-CN, encaminhada ao Congresso Nacional, acompanhada do texto da Medida Provisória n. 1.648-7/98 e sua exposição de motivos. Brasília, DF, 1998.

CEBES. Revista Saúde em Debate. Vol. 38, número 101. Rio de Janeiro, abr-jun 2014. Editorial, p. 195-196

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS. Carta de Palmas. Tocantins, 07 ago. 1998. Disponível em <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=469>.

Acesso em 25 mar. 2016

COSTA, A. M.; BAHIA, L.; SCHEFFER, M. Onde foi parar o sonho do SUS? Le Monde Diplomatique (Brasil), v. 6, p. 30-31, 2013.

COSTA, Frederico Lustosa da. Reforma do Estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2010. p. 137-254.

COSTA, Luciana Assis; NEVES, Jorge Alexandre Barbosa. Burocracia e inserção social: um estudo sobre o Ministério da Saúde na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). Saúde e Sociedade, v. 22, n. 4, p. 1117-1131, 2013.

COSTA, Nilson do Rosário. Alternativas de Governança na Gestão Pública: o Caso dos Hospitais no Modelo de Parceria Público---Privada Organização Social no Estado de São Paulo. In MODESTO, Paulo Machado; JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. Terceiro Setor e Parcerias na área da saúde. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2011

DRAIBE, Sonia. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. IN: IPEA. Para a década de 90. Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. Brasília. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. São Paulo, Ed.: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24. São Paulo, Ed.: Atlas, 2011, p. 513.

FLEURY, Sonia; OUVÉRY, Assis Mafort; ZANI, Felipe Barbosa; MÖLLER, Renato Cesar; KRONEMBERGER, Thais Soares. Democracia e Inovação na Gestão Local da Saúde. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2014.

FONSECA, Tania Maria Peixoto. O Ministério Público e a tutela coletiva da saúde nos estados brasileiros. Rio de Janeiro. ENSP/FIOCRUZ, 2014. 30-31 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Programa de Pós-Graduação da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

GEDDES, Barbara. *Politician's Dilemma*. Berkeley: University of California Press, 1996.

GONÇALVES, Marcos Augusto. MP abre gestão do serviço público e reduz burocracia. Folha de São Paulo, Primeiro Caderno, 1 março de 1998. P. 8

KERCHE, Fábio. Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº 2, pp.259 a 279, 2007. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

LIMA, L.D.; MACHADO, C.V.; GERASSI, C.D. O neo-institucionalismo e a análise de políticas de saúde: contribuições para uma reflexão crítica. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. Caminhos para análise das políticas de saúde, 2011. p.111-137. Online: disponível em www.ims.uerj.br/pesquisa/ccaps.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, Ed.: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed. atual. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos, trajetória. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz. 2007

NORONHA, José Carvalho; LIMA, Luciana Dias; MACHADO, Cristiane Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho; CARVALHO, Antonio Ivo. Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz. 2ª. Ed., 2012.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. A Burocracia Weberiana e a Administração Pública Federal. In Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, jul/dez 1970. 4(2): 47-74.

PACHECO, Regina Silva. A agenda da nova gestão pública. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática do século XXI. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 183-218.

PAHIM, Maria Luiza Levi. Organizações Sociais de Saúde do Estado de São Paulo: inserção privada no SUS e gestão financeira do modelo pela Secretaria de Estado da Saúde. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PAIM, Jairnilson Silva. Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. Reforma do Estado e administração pública gerencial. FGV Editora, 1998.

PIERSON, Paul. *When effect becomes cause: police feedback and political change.* *World Politics*, 45(4): 595-628, 1993.

PIERSON Paul. *Politics in time: history, institutions, and social analysis*. Princeton: Princeton University Press; 2004.

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar n. 846 de 4 de junho de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e da outras providências. *Diário Oficial de São Paulo*, São Paulo, 1998. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=6680>. Acesso em: 03 jan. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC n. 32564/026/98. Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini. Julgado em 24 fev. 2003. Publicado no D.O em 28 fev. 2003. Disponível em http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/344868.pdf. Acesso em 26 mar. 2016

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC n. 2149/006/02. Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Julgado em 12 mai 2004. Publicado no D.O em 15 mai. 2004. Disponível em http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/316174.pdf. Acesso em 26 mar. 2016

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 25a sessão ordinária do Tribunal Pleno, realizada em 05 de setembro de 2012. Processo TC n. eTC-000874.989.12-2. Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Julgado em Disponível em http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/196187.pdf. Acesso em 26 mar. 2016

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 130.726-0/7-00. Julgada em 28 fev. 2007. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do>. Acesso em 26 mar. 2016

SECCHI, Leonardo. Modelos Organizacionais e Reformas da Administração Pública. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, mar/abr 2009, 43(2): 347-69.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; SILVA, Hudson Pacífico. Desenvolvimento e institucionalidade da política social no Brasil. In MACHADO, Cristiane; BAPTISTA,

Tatiana Wargas de Faria; LIMA, Luciana Dias. Políticas de saúde no Brasil: continuidades e mudanças. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

VIANA, Ana Luiza d' Ávila; ELIAS, Paulo Eduardo M.; IBAÑEZ (org.) Proteção Social: dilemas e desafios. São Paulo: Hucitec, 2005.

VIANA, Ana Luiza d' Ávila. Abordagens metodológicas em políticas públicas. Rio de Janeiro, RAP V. 30, no. 2, mar/abr 1996 (pp. 5 -43)

VIEIRA, Fernando Grella. Controle das Parcerias na Área de Saúde e o Papel do Ministério Público. In MODESTO, Paulo Machado; JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. Terceiro Setor e Parcerias na área da saúde. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2011.

WEBER, Max; GERTH, Hans Heinrich; MILLS, Charles Wright. Ensaio de Sociologia. 1982

12. APÊNDICE

ROTEIROS DAS ENTREVISTAS:

❖ **Entrevista do PROMOTOR 1**

1. Conhecer o entrevistado:

1.a – Como ingressou e há quanto tempo é membro do Ministério Público do Estado de São Paulo?

1.b – Fale sobre sua trajetória e atuação em órgãos ligados à tutela coletiva de interesses ligados à saúde.

1.c – Quando e em que condição veio atuar na Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo? Quais são suas funções atuais?

2. Questão ligada ao contexto político local:

2.a – Desde quando o modelo de gestão da assistência à saúde por meio de Organizações Sociais vem sendo praticado pelo governo do Estado de São Paulo? Como se deu a evolução deste modelo e quais os serviços são objeto dos contratos de gestão?

2.b – Quais são os órgãos que regulamentam este modelo no Estado de São Paulo? Quais as principais normas aplicáveis?

2.c – Explique a estrutura e os fluxos do controle interno dos processos de contratação das OS, em todas as suas fases.

2.d – E o controle externo? Como tem se dado a atuação do Tribunal de Contas? Existem orientações emitidas em relação ao modelo de gestão por OS? Algum julgado paradigmático poderia ser citado?

2.e – Poderia comentar sobre a judicialização do modelo: quais questões tem fundamentado as ações propostas em face do governo? Há uma tendência atual da jurisprudência sobre o tema?

3. Questões ligadas a atuação do MPSP diante do modelo de gestão da assistência

à saúde por OS:

3.a – Desde que o modelo de gestão de assistência à saúde por meio de Organizações Sociais foi implantado pela SES-SP, como o MPSP vem atuando? Quais estratégias e instrumentos foram e estão sendo utilizados pelo MPSP?

3.b - Pode-se considerar que, em relação a este modelo, há uniformidade de atuação entre os diversos órgãos do MPSP com atribuição para a saúde, ao longo do tempo? Por que?

3.c – Como se dá a interlocução entre a SES-SP e o MPSP neste tema? Há dificuldades? O MPSP participa de reuniões das comissões de gestores? E do conselho de saúde? Como o senhor vê essa participação, ao longo do tempo? Há construção de soluções em conjunto?

3.d - Há fóruns institucionalizados onde é debatido, com a participação do MPSP, o modelo de gestão de assistências por OS e os contratos de gestão que vem sendo praticados?

3.e – O senhor entende que a trajetória local de implantação do modelo de gestão da assistência à saúde por meio de OS, no Estado de São Paulo, influenciou a forma de atuação do MPSP, ao longo do tempo? Em caso positivo, esclareça.

3.f – Como vê a atuação do MPSP em relação ao tema? Quais resultados desta atuação podem ser pontuados?

3.g – Como vê a questão da indefinição do STF em relação à ADIN 1923 em relação à política de implantação do modelo de gestão por OS? Acha que a atuação – ou a omissão – do STF produz tem produzido algum efeito na política local? Qual(is)? Acredita que tem impactado ou influenciado, de alguma forma, a atuação do MPSP? Explique.

❖ **Entrevista com os PROMOTORES 2, 3, 4, 5 e o PROCURADOR-GERAL**

1 - Conhecer o entrevistado:

- 1.a – Como ingressou no Ministério Público de São Paulo? Há quanto tempo?
- 1.b - Fale sobre sua trajetória e atuação em órgãos ligados à tutela coletiva de interesses ligados à saúde.
- 1.c - Em qual órgão encontra-se em exercício, atualmente? Há quanto tempo? Qual atribuição deste órgão?

2 – Questões ligadas à variável da independência funcional:

- 2.a – É titular do órgão? Quais critérios de remoção e progressão na carreira são utilizados no MPSP? Estão normatizados e regulamentados? Na prática, costumem ser respeitados? Já precisou propor algum recurso interno ou ação judicial para garantia destes critérios? E para a garantia da inamovibilidade?
- 2.b – As decisões que o senhor toma no exercício da atividade-fim são revistas? Em caso positivo, como e por que instância?
- 2.c – É possível a avocação de procedimentos investigatórios e processos de um órgão de execução do MPSP por outro órgão ou pela Chefia institucional?

3 – Questões relacionadas à atuação do MPSP em face do modelo de gestão da assistência à saúde por OS:

- 3.a – Entende constitucional o modelo de gestão da assistência à saúde por meio de OS? Em caso negativo, responda se já arguiu a inconstitucionalidade, de forma incidental, em alguma demanda judicial que propôs, bem como qual foi o resultado.
- 3.b – Caso entenda inconstitucional do modelo, e não tenha, até o momento, pedido a declaração incidental de inconstitucionalidade, explique os motivos de seu atuar e quais estratégias de atuação vem adotando.
- 3.c – Entende que a pendência de julgamento definitivo da ADIN 1923 produz reflexos na sua atuação? Em caso positivo, esclareça de que forma.
- 3.d – Fiscaliza o modelo de assistência à saúde por meio de OS e os respectivos

contratos de gestão? Há atribuição ampla para investigação dos processos de contratação ou há limites de atribuição no órgão (ex: âmbito territorial e matéria)? Em caso positivo, especifique.

3.e – Em caso de resposta positiva ao item anterior, quais instrumentos o senhor tem utilizado para a fiscalização dos processos de contratação de OS na saúde? Quais as principais estratégias de investigação, especificando o objeto investigado?

3.f - Adota algum roteiro institucional de investigação ou atuação? Tem caráter vinculativo? Em caso positivo, especifique.

3.g – Há uniformidade de atuação no âmbito do MPSP sobre o tema? Em caso positivo, a orientação está instrumentalizado e publicado? É vinculante da atuação do promotor?

3.h – Há consolidação ou enunciados conjuntos de entendimentos sobre o tema com outra instituição? Em caso positivo, qual? É vinculante da atuação do MP?

3.i – Segue enunciados de entendimentos ou roteiros publicados por outra instituição ou órgão sobre o tema? Qual?

3.j – Faz vistorias em unidades de saúde que estão sob a gestão de OS? O que verifica durante as vistorias?

3.l – Tem interlocução com profissionais da saúde que atuam nas unidades geridas por OS?

3.m – Tem interlocução com os conselhos de saúde e movimentos sociais que atuam na saúde? Em que instâncias?

3.n – Participa de fóruns e conselhos institucionais relacionados à saúde?

3.o – Há canais institucionalizados pelos quais a sociedade, em especial o usuário do SUS, pode apresentar demandas relativas a saúde pública? Quais? Como se processam no MPSP as notícias encaminhadas por estes canais?

3.p – Que resultados pode destacar do MPSP diante da gestão da assistência à saúde por meio de OS?

3.q – Considerando a garantia do direito à saúde e a eficácia social da iniciativa do governo local, como o senhor vê o modelo de gestão da assistência à saúde por meio de OS?

3.r – Entende que o contexto político local e a forma como se deu a implantação do modelo de gestão da assistência a saúde por meio de OS em SP, influenciou de

alguma forma a atuação do MPSP? Explique.

3.s – Percebe alguma tendência na forma de atuar do MPSP, provocada pela trajetória de implantação do referido modelo em SP? E pela jurisprudência local?

3.t – Nas pesquisas em bancos de dados eletrônicos, encontram-se disponíveis para consultas algumas ações propostas pelo MPSP, há anos atrás, impugnando o modelo de gestão por OS. Atualmente, ainda há esta tendência? Explique.

13. ANEXO: TERMO DE CONSENTIMENTO DOS ENTREVISTADOS

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)

Prezado participante,

Você está sendo convidado(a) a participar da pesquisa *“O Ministério Público e o Modelo de Governança por meio de Organizações Sociais na saúde”*, desenvolvida por Carla Carrubba, discente de Mestrado em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ), sob orientação da Professora Dra. Maria Helena Magalhães de Mendonça.

O objetivo central do estudo é: Analisar a atuação do Ministério Público diante do modelo de gestão da assistência à saúde através de Organizações Sociais, e destacar as diferentes estratégias e experiências do Ministério Público, no âmbito estadual, e seus resultados para a garantia do direito à saúde e a eficácia social das iniciativas.

O convite a sua participação se deve à sua experiência na defesa de interesses coletivos relacionados à saúde, como Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Sua participação é voluntária, isto é, ela não é obrigatória, e você tem plena autonomia para decidir se quer ou não participar, bem como retirar sua participação a qualquer momento. Você não será penalizado de nenhuma maneira caso decida não consentir sua participação, ou desistir da mesma. Contudo, ela é muito importante para a execução da pesquisa.

Serão garantidas a confidencialidade e a privacidade das informações por você prestadas.

Qualquer dado que possa identificá-lo será omitido na divulgação dos resultados da pesquisa, e o material será armazenado em local seguro. A qualquer momento, durante a pesquisa, ou posteriormente, você poderá solicitar do pesquisador informações sobre sua participação e/ou sobre a pesquisa, o que poderá ser feito através dos meios de contato explicitados neste Termo.

Todo participante terá um código para que se possa processar a identificação do mesmo quando necessário. Essa pesquisa não identificará o participante, apenas o fará

caso o participante deseje.

A sua participação consistirá em responder perguntas abertas de um roteiro de entrevista semiestruturada à pesquisadora do projeto. A entrevista será gravada mediante autorização do entrevistado(a).

O tempo de duração da entrevista é de aproximadamente uma hora.

As entrevistas serão transcritas e armazenadas, em arquivos digitais, mas somente terão acesso às mesmas a pesquisadora e sua orientadora. Ao final da pesquisa, todo material será mantido em arquivo, por pelo menos cinco anos, conforme Resolução 466/12 e orientações do CEP/ENSP.

O benefício relacionado com a sua colaboração nesta pesquisa é o de contribuir na análise do papel do Ministério Público, em suas dimensões jurídica e política, no âmbito dos processos relacionados ao modelo de assistência à saúde por meio de OSs, bem como suas estratégias e resultados.

Possíveis riscos relacionados à pesquisa são: risco de constrangimento durante a entrevista, risco de errar ou de trocar o código de identificação do entrevistado e risco de identificação não intencional do entrevistado, uma vez que serão entrevistados atores-chave no âmbito do Ministério Público dos Estados de São Paulo.

Os resultados serão divulgados na dissertação. Pretende-se publicar artigo científico em revista especializada em Saúde Pública. A pesquisadora coloca-se à disposição do Ministério Público do Estado de São Paulo para divulgar os resultados também ao público participante, após conclusão da dissertação.

Este Termo será redigido em duas vias, sendo uma das vias fornecida para o entrevistado e outra para o pesquisador. Todas as páginas deverão ser rubricadas pelo participante da pesquisa e pelo pesquisador responsável, com ambas as assinaturas apostas na última página.

Em caso de dúvida quanto à condução ética do estudo, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa da ENSP. O Comitê de Ética é a instância que tem por objetivo defender os interesses dos participantes da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro de padrões éticos. Dessa forma o comitê tem o papel de avaliar e monitorar o andamento do projeto de modo que a pesquisa respeite os princípios éticos de proteção aos direitos humanos, da dignidade, da autonomia, da não maleficência, da confidencialidade e da

privacidade.

Tel e Fax - (0XX) 21- 25982863

E-Mail: cep@ensp.fiocruz.br

<http://www.enso.fiocruz.br/etico>

Endereço: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/ FIOCRUZ, Rua Leopoldo Bulhões, 1480 –Térreo - Manguinhos - Rio de Janeiro – RJ - CEP: 21041-210

Se desejar, consulte ainda a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep):

Tel: (61) 3315-5878 / (61) 3315-5879

E-Mail: conep@saude.gov.br

Carla Carrubba – (pesquisador do campo)

Mestranda em Saúde Pública

Mestrado em Políticas, Planejamento, Gestão e Práticas em Saúde - ENSP/FIOCRUZ

Tel: (21) 98889-1480

e-mail: carlacarrubba@hotmail.com ou carrubbacarla0@gmail.com

São Paulo, ___/___/_____

Declaro que entendi os objetivos e condições de minha participação na pesquisa e concordo em participar.

(Assinatura do participante da pesquisa)

Nome _____ do _____ participante:

() Autorizo a gravação da entrevista para a pesquisa

() Não autorizo a gravação da entrevista para a pesquisa

() Permito a identificação do meu nome na pesquisa.