

CURSO DE DIREITO

Grégora Beatriz Hoffmann

**A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ABORDAGEM
GERENCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE
PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Santa Cruz do Sul
2016

Grégora Beatriz Hoffmann

**A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ABORDAGEM
GERENCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE
PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Luiz Egon Richter
Orientador

Santa Cruz do Sul
2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Grégora Beatriz Hoffmann adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 18 de novembro de 2016.

Prof. Ms. Luiz Egon Richter
Orientador

Aos meus pais, Roberto e Rosiane.

O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade.

(MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, com muito carinho, a minha mãe Rosiane e ao meu pai Roberto, meus maiores incentivadores, que nunca mediram esforços em prol da minha felicidade. Essa conquista é só uma dentre outras na minha trajetória que só foram possíveis em virtude do amor de vocês.

Aos demais familiares pelo incentivo, força e apoio. Ao meu namorado, Marco, pela paciência e companheirismo.

Agradeço aos professores do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses cinco anos de graduação.

Aos colegas de curso e amigos, com quem dividi minhas preocupações, e compartilhei conquistas, obrigada pela amizade, paciência e apoio.

Ao professor Ms. Renato Nunes, que contribuiu na organização e construção desse trabalho dentro das normas técnicas aplicadas.

E por fim, um agradecimento especial ao orientador, Ms. Luiz Egon Richter, por ceder material bibliográfico muito útil na realização deste trabalho, e principalmente pelo encorajamento e sabedoria transmitida ao longo da realização desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “A reforma da administração pública sob a abordagem gerencial na concretização do direito fundamental a saúde pós Constituição de 1988”, destacando a necessidade de reforma da Administração Pública. Para tanto, analisa as características dos três modelos de gestão pública do aparelho Estatal brasileiro ao longo da história, patrimonialista, burocrático e gerencial, propondo alternativas a fim de que seja possível superar o modelo patrimonialista e aperfeiçoar o modelo burocrático, incorporando técnicas gerenciais a fim de formatar e executar políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais e a capacidade do Estado em atendê-las, principalmente no campo das políticas públicas de saúde. Isso porque após a Constituição Federal de 1988, tornou-se dever do Estado garantir o direito à saúde a todos. Sendo assim, considerando os principais aspectos atinentes à Reforma gerencial da estrutura administrativa estatal, explora-se as possibilidades de descentralização por meio da participação da iniciativa privada e do terceiro setor em ações e serviços públicos de saúde, dotadas de maior autonomia e flexibilidade em suas atividades, em benefício público. Em relação ao tema deste trabalho e na contramão das boas políticas de gestão pública, cresce o número de demandas judiciais no campo do direito fundamental à saúde. Frente à isso, é imprescindível melhorar a gestão pública a fim de atender aos anseios públicos e afastar a falsa percepção de que a ineficiência é inerente ao serviço público. Por meio da análise bibliográfica sobre o tema e uso de metodologia hermenêutica, concluir-se-á que o modelo gerencial aplicado à Administração Pública permite maior racionalização dos recursos públicos, vez que prima pelo controle de resultados, a fim de melhorar a prestação de serviços públicos e aproximar o cidadão das atividades públicas, bem como, proporcionar o direito constitucional à saúde na prática.

Palavras-chave: gestão pública; reforma da administração pública; administração pública gerencial; saúde; judicialização.

ABSTRACT

This thesis focuses on “The public administration reform under a managerial approach in the implementation of the fundamental right to health after the Constitution of 1988”, which highlights the need for a public administration reform. It analyzes the characteristics of the three public management strategies of the Brazilian state apparatus throughout its history: the patrimonial, the bureaucratic and the managerial approach. It also presents alternatives to overcome this patrimonialism and to improve the bureaucratic system, while incorporating managerial methods to adapt and execute public policies geared towards developing and realizing fundamental human rights. Ultimately, with the goal to reduce the unbalance of social demands and the capacity of the state to meet the needs, specially the public health policies of the state. After the Federal Constitution, in 1988, it became a state duty to guarantee the right to health to everyone. As such, considering all the aspects regarding the managerial reform of the administrative structure of the state, it is possible to explore the possibilities of decentralization through the participation of private initiative and third sector in public health actions and services, which have more autonomy and flexibility in their activities towards the public benefit. As per the topic of this study, and in contrast to the good policies of public administration, there is an increase of the number of lawsuits regarding the fundamental right to health. In view of that, it is imperative to improve public administration to better address the public needs and to dispel the misperception that civil services are inherently inefficient. Finally, by carrying out biographical research about the topic and applying hermeneutic methods, it was concluded that the managerial method, when applied to public administration, allows for better streamlining of public resources, given its primary aim for accountability. Not only does it enhance public service delivery, but it also brings citizens closer to public activities, as well as provides the constitutional right to public health.

Keywords: public administration; public administration reform; managerial public administration; health; judicialization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	ANÁLISE HISTÓRICA DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS DO ESTADO BRASILEIRO.....	12
2.1	Administração Pública patrimonial.....	12
2.2	Administração Pública burocrática.....	14
2.3	Administração Pública gerencial.....	17
2.3.1	A descentralização e o controle de resultados.....	24
3	DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REFORMA GERENCIAL.....	30
3.1	Síntese histórica da saúde pública no Brasil.....	30
3.2	Direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988.....	36
3.3	A Administração Pública e o direito à saúde na Carta Magna.....	37
3.4	Princípios do Sistema Único de Saúde na Constituição Federal.....	40
3.5	A reforma gerencial e o direito fundamental à saúde.....	43
3.6	Controle judicial do direito fundamental à saúde na perspectiva da Administração Pública gerencial.....	52
4	FORMAS DE GESTÃO DE SAÚDE: A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA E DO TERCEIRO SETOR EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A PARTIR DA DESCENTRALIZAÇÃO.....	62
4.1	Serviços Públicos: definição, princípios, classificação e formas de gestão.....	63
4.2	A iniciativa privada e os serviços públicos de saúde.....	66
4.3	O espaço público não-estatal e controle social na saúde.....	68
5	CONCLUSÃO.....	72
	REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

A reforma do Estado é um dos temas mais atuais e mais prementes no Brasil. Uma sociedade complexa, as demandas crescentes e a dificuldade do Estado em atendê-las diante da herança patrimonialista e da defesa de privilégios pelos “donos do poder” que se apropriam dos instrumentos de governo, bem como ante ao esgotamento da administração burocrática, torna imperativa a reconstrução da Administração Pública Brasileira.

Considerando que os cidadãos exigem cada vez mais a participação contínua do Estado na prestação de serviços sociais, principalmente no campo do direito fundamental à saúde após a Constituição Federal de 1998, e que apesar dos esforços do governo, que alega escassez financeira, a comunidade brasileira permanece insatisfeita com os serviços públicos prestados, é imperativo reconstruir o Estado no contexto global, gerindo e regulando adequadamente seus recursos humanos e financeiros, a fim de potencializá-los.

Nesse contexto, questiona-se como é possível afastar de vez as práticas clientelistas típicas do modelo patrimonialista e superar o modelo burocrático, incorporando técnicas gerenciais a fim de formatar e executar políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais e a capacidade do Estado em atendê-las? E ademais, como o sistema gerencial, a descentralização e o rígido controle de resultados podem contribuir para a desburocratização da Administração Pública Brasileira, a fim de construir um aparelho estatal que trabalhe melhor e custe menos?

Isso porque a forma obsoleta de administração do modelo burocrático, que prima por processos e procedimentos (auto-referente) ao invés de resultados, já mostrou na prática ser incompatível com o Estado moderno. Se o Estado do século passado protegeu os direitos sociais prestando-os diretamente (centralizado) à população, o Estado do século XXI deve descentralizar suas atividades a fim de construir um aparelho estatal que trabalhe melhor e custe menos. Isto é, buscar aprimorar a qualidade de gestão, superar modelos obsoletos, orientar-se para o cidadão e primar pela obtenção de resultados ao invés de controlar procedimentos, concedendo a prestação de serviços públicos não exclusivos à iniciativa privada, principalmente através da contratação de entidades públicas não-estatais, mais competitivas e eficientes, orientadas pelas necessidades e perspectivas dos

cidadãos já que o “serviço público” é, por essência, um serviço para o cidadão.

Sendo assim, este trabalho tem por escopo central propor um aperfeiçoamento do modelo burocrático com a incorporação de técnicas gerenciais no plano das políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais, mais especificamente em relação ao campo da saúde pública, e a capacidade do Estado. Para isso, descreve as fases teóricas que informam a administração pública brasileira, investiga e aponta as principais deficiências do modelo burocrático no âmbito da formatação e execução das políticas públicas e serviços públicos, investiga e pontua as principais características do modelo gerencial, descrevendo e propondo o aperfeiçoamento do modelo burocrático com técnicas do modelo gerencial.

Dessa forma, no primeiro capítulo examina as três formas históricas de administrar o Estado, sendo elas a administração patrimonialista, a administração pública burocrática e a administração pública gerencial. Analisando a viabilidade de aplicação do sistema gerencial no Brasil, a fim de modernizar o Estado brasileiro, baseado na descentralização e no controle de resultados, a exemplo do que já vem sendo aplicado em outros países desde a década de 90.

Em seguida, analisa a condição da administração pública brasileira frente a Constituição Federal de 1988, tendo em vista o processo da constitucionalização das áreas do direito, inclusive do direito administrativo no contexto atual. Para tanto, aborda sinteticamente a história da saúde pública no Brasil, relatando os principais fatos que antecederam a previsão constitucional do direito fundamental à saúde, dever do Estado e direito de todos. Outrossim, delimita o conceito do termo “saúde”, com base no texto da Carta Magna, contextualizando-os com princípios do Sistema Único de Saúde.

Nessa perspectiva, aborda os reflexos dos métodos e ensinamentos da revolução gerencial da Administração Pública à saúde, principalmente após a composição da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde em 1996, fundada na descentralização da execução dos serviços de saúde, por meio da participação da iniciativa privada e do terceiro setor.

Ato contínuo, trata do controle judicial da saúde na perspectiva da Administração Pública gerencial, diante do crescimento exponencial de demandas envolvendo o direito fundamental à saúde, consequência negativa da má gestão pública na prestação dos serviços públicos de saúde, esclarecendo os riscos e

retrocessos que tal controle judicial irracional pode provocar sobre à saúde e sobre as demais atividades administrativas do Estado.

Por fim, são exploradas as formas de gestão dos serviços públicos legalmente previstas, bem como sua aplicação na promoção do direito fundamental à saúde, considerando a reforma sob o modelo gerencial, que incentivou a constituição de entidades públicas não-estatais.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS DO ESTADO BRASILEIRO

A Administração Pública passa, continuamente, por transformações. Contudo, movimentos de ruptura e continuidade acentuam-se em fases, ou evidenciam-se em ciclos com traços, identidades e formatos diferenciados. No Brasil, historicamente tem-se três modelos de gestão pública do aparelho estatal, com seus respectivos paradigmas: patrimonialista, burocrático e gerencial.

Com o intuito de assimilar melhor a importância das reformas administrativas do Estado brasileiro é oportuno conhecer as principais características de cada um desses modelos, contextualizando-os em uma perspectiva que esclareça quais as circunstâncias históricas que contribuíram para o seu desprestígio, sem desconsiderar as influências internacionais.

Inicialmente, a Administração Pública brasileira, fortemente influenciada pela colonização portuguesa, caracterizou-se pelas práticas do clientelismo, nepotismo e corrupção, típicos do modelo patrimonialista. Inexistia diferenciação entre o público e o privado, e dessa forma, ambos confundiam-se, tornado o Estado, centralizando todos os poderes, mero propagador dos interesses da elite colonial.

Com o intuito de tornar a Administração Pública mais eficiente e afastar qualquer prática clientelista, o modelo burocrático estabeleceu rígidos processos e procedimentos administrativos, deixando o legado do incentivo a profissionalização para enxugar a máquina pública e da implementação do sistema de mérito nos quadros de servidores públicos.

Ato contínuo, serão analisados os motivos que desencadearam a reforma gerencial no Brasil, tendo em vista o esgotamento do modelo burocrático, inflexível, caro e ineficiente, modelo esse incompatível com um Estado moderno, garantidor de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

2.1 Administração Pública patrimonial

Modelo de Estado pré-capitalista e pré-democrático, a administração patrimonial, já existente na Idade Média, porém mais dominante entre os séculos quinze e dezoito na Europa nas monarquias absolutistas, foi marcada pela privatização do Estado, pelo nepotismo, empreguismo e corrupção. Isso porque, nesse período não havia distinção entre o patrimônio público e privado: ambos eram

confundidos e entendidos como propriedade do rei. Nesse contexto, os cargos públicos, nas mãos da nobreza ou dos novos burocratas, dependiam do monarca e ao mesmo tempo o serviam.

No Brasil, somente após a Independência foi possível conceber legitimamente a administração pública brasileira, muito influenciada pelo período colonial. O patrimonialismo, ainda dominante nos anos 30 sob os moldes do clientelismo, sem dúvidas tem seu surgimento relacionado a colonização portuguesa e ao molde patrimonialista do Estado português, afinal de contas foram mais de 300 anos de dominação.

A dificuldade em definir a fronteira entre a esfera pública e a esfera privada e compreender a figura do agente público frente a coisa pública fez como que este se apropriasse do Estado em benefício próprio e não em prol dos interesses da *res pública*.

Contudo, com o surgimento do capitalismo industrial e da democracia, a administração patrimonialista, no qual não há clara divisão entre o patrimônio público e o privado, excessivamente centralizadora e pouco efetiva, já que não visava o interesse público, revelou-se incompatível. Nessa perspectiva, conforme pontuam Spink e Pereira (1998, p. 241),

é essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; só pode existir democracia quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não só da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público.

Sendo assim, a partir do início do século XIX o Estado passa a nortear-se pelos ideais liberais, baseando-se na lógica do mercado, e na segunda metade do século, iniciam-se as reformas burocráticas, principalmente com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, DASP, órgão administrativo auxiliar ao Poder Executivo responsável pelo controle e avaliação da administração em prol da eficiência.

As reformas visavam sobretudo afastar práticas clientelistas típicas da Administração Pública patrimonialista, com o intuito de tornar a Administração Pública mais eficiente quanto a concretização dos interesses públicos, agora não mais confundidos com os interesses privados. Para isso, a administração burocrática moderna, racional legal, primou pelo estabelecimento de rígidos processos e procedimentos e pelo sistema de mérito no quadro de funcionários públicos a fim de

tornar mais atrativa a carreira pública.

2.2 Administração Pública burocrática

Apenas durante o governo de Getúlio Vargas ocorre a Reforma burocrática no Brasil. Baseada nos princípios da administração burocrática clássica do Exército prussiano, que consistia na valorização do mérito profissional, a criação do Conselho Federal do Serviço Público em 1936 e sua posterior transformação no DASP, Departamento Administrativo do Serviço Público, deu início a reforma e à consolidação dos princípios centralizadores e hierárquicos (PEREIRA, 1998).

Com o surgimento do capitalismo e da democracia, estabeleceu-se uma distinção clara entre *res publica* e bens privados. A democracia e a administração pública burocrática emergiram como as principais instituições que visavam proteger o patrimônio público contra a privatização do Estado. [...] Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção -, os traços inerentes à administração patrimonialista -, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional. (SPINK; PEREIRA, 1998, p. 26).

Com ênfase na dominação racional-legal weberiana, em substituição às formas patrimonialistas, a Reforma burocrática implantou um serviço tendencialmente auto-orientado preocupado com controles rígidos dos processos. Os controles administrativos visam de plano combater a corrupção e o nepotismo. No entendimento de Gonçalves e Souza ([201-], p. 5), considerando a teoria weberiana,

o aparato burocrático caracteriza-se pelos seguintes elementos: a) os funcionários são pessoalmente livres, na medida em que obedecem apenas determinações legais; b) nomeação por meios não eletivos, motivo pelo qual avulta em importância as seleções de funcionários; c) competências fixas; d) vínculo decorrente de um contrato; e) existência de preparação profissional; f) desempenho das atividades em caráter exclusivo ou como principal atividade; g) ser pago em pecúnia e ter renda fixa; h) ter possibilidade de ascender na carreira, em razão de sua qualificação ou produtividade; i) estar sujeito a regime disciplinar.

Nessa perspectiva, doutrinariamente entende-se que a Administração Pública burocrática surgiu em oposição à corrupção e ao nepotismo, predominantes na Administração patrimonialista. Por isso, seus princípios balizam-se na profissionalização dos serviços públicos, na hierarquia funcional, na impessoalidade e no formalismo. O controle administrativo rígido e efetivo sobre os processos e

procedimentos visava evitar abusos. Partia-se do pressuposto de que os administradores públicos e os cidadãos não mereciam confiança, e justamente diante disso, os controles rígidos eram legitimados (BRASIL, 1995).

O DASP foi organizado sob a perspectiva de tornar mais eficiente a Administração Pública e a partir disso, alcançar ampla aceitação e sucesso nos programas governamentais. Influenciado por experiências de gestão pública dos Estados Unidos, tal órgão, assessorado pelo Presidente da República, era responsável por atividades nucleares do aparato estatal, como planejamento e fiscalização técnico-burocrático sobre a administração de material e de pessoal. Para isso, baseava-se nos princípios clássicos de Administração Pública: separação entre política e administração e manutenção de um departamento administrativo central de apoio ao chefe do poder executivo que deveria prever, organizar, comandar, coordenar e controlar as atividades da administração (PROCOPIUCK, 2013).

Ademais, a Administração Pública burocrática enfatiza o desenvolvimento a profissionalização, por meio do incremento de programas de recrutamento em polos de excelência profissional, além do aperfeiçoamento dos funcionários públicos, adotando “sistema de mérito para ingresso e promoção no serviço público, a concepção do orçamento como plano de trabalho, e a adoção da simplificação, padronização e racionalização como normas para aquisição de materiais” (PEREIRA, 1998, p. 165).

A reforma da administração de pessoal tinha por objetivo reestruturar e revisar o quadro de funcionários da Administração Pública, reduzindo-o racionalmente a fim de que fosse possível assegurar melhores remunerações e carreiras mais atrativas. Outrossim, visava-se abolir as influências pessoais na contratação de pessoal e nas relações de trabalho.

Para tanto, adotou-se sistema de mérito de acordo com a classificação do cargo. Foi estabelecido escalonamento de cargos com base na complexidade das atribuições dos mesmos. Dessa forma, para cada cargo foi definido critérios de valoração de salários, considerando além da complexidade das atribuições, o tempo de serviço de cada funcionário (PROCOPIUCK, 2013).

Ocorre que embora o modelo burocrático centrasse seus esforços no aperfeiçoamento, na economia e na racionalização da administração, os resultados práticos demonstravam a falta de coordenação e articulação dos esforços, tendo em vista o enfoque demasiado no controle dos processos, e a falta de controle sobre os

resultados obtidos, o que acabava por afastar a administração do seu principal objetivo: atender o interesse público.

Além disso, por compreender que a melhor forma de combater a corrupção e o nepotismo é controlar preventivamente os procedimentos, a Administração Pública burocrática concentra-se tanto nos processos, que além de não avaliar os resultados das políticas públicas, esquece quais os objetivos de sua ação (SPINK; PEREIRA, 1998).

Ou seja, com o intuito de combater o nepotismo e a corrupção, a administração pública passou a controlar e definir processos e procedimentos, tornando-se excessivamente formalista, lenta, cara e ineficiente. Embora buscasse, também, satisfazer as demandas dos cidadãos, concentrava-se primeiramente em suas próprias necessidades, isto é, era auto-referente, julgava ser este o modo mais seguro sem ponderar o quão isso tornava-a obsoleta.

O formalismo não só atrapalha a eficiência do Estado como também permite que formas patrimoniais sejam travestidas de burocracia impessoal, por meio da utilização das normas e procedimentos com camuflagem universal, mas cuja implantação é efetivamente particularista. (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 43).

Nesta perspectiva Wahrlich (1984), citado por Pereira (1998, p. 165-166, grifado no original), após análise sobre os resultados práticos da primeira reforma da Administração Pública, sob o viés burocrático, apresenta alguns aspectos negativos relevantes da mesma, tendo em vista a ineficiência dos burocratas na condução dos interesses públicos e na aplicação de recursos:

a pretensão de realizar demasiado em pouco tempo, sendo uma reforma concomitantemente global e imediata; a ênfase exagerada no controle; a forte centralização “no DASP e pelo DASP”; e a estrita observância de “normas gerais e inflexíveis”.

Dessa forma, restou comprovado que tais normas gerais e inflexíveis, fundadas na centralização dos poderes da administração pública burocrática, pouco eficiente e transparente, diga-se de passagem, dificultavam o desenvolvimento econômico e social do país. Isso porque a centralização dos poderes desconsidera as particularidades de cada região do país e parte do pressuposto de que ninguém, nem mesmo os funcionários públicos, são merecedores de confiança.

Junto à isso, na mesma época cresceu significativamente o movimento de redemocratização do Estado brasileiro. A sociedade civil começou a organizar-se

para reivindicar mais espaço pela defesa de seus interesses em relação à condução das políticas públicas no Brasil.

2.3 Administração Pública gerencial

Reconhece-se que é preciso combater o nepotismo e a corrupção. Por outro lado, a Administração Pública gerencial, a par disso, não desconsidera o fim primordial do Estado: satisfazer as demandas dos cidadãos. Para tanto, utiliza-se da descentralização, da delegação de competências e responsabilidades, supondo que políticos e funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança, do incentivo à inovação e do intensivo controle de desempenho e resultados.

Já em 1938 tem-se o primeiro indício de reforma gerencial da Administração Pública brasileira com a criação da primeira autarquia, símbolo da Administração Pública indireta, descentralizada e desvinculada das mesmas formalidades da Administração Pública direta.

Em 1967 por meio do Decreto-Lei nº 200 o Brasil promoveu o ensaio de desburocratização e descentralização em busca de uma administração voltada para o desenvolvimento, sendo responsável, sob a inspiração de Hélio Beltrão, por uma das mais amplas reestruturações da Administração Pública brasileira. Entende-se que,

a reforma iniciada pelo Decreto-lei nº 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração pública gerencial no Brasil. Colocou-se toda ênfase na descentralização, mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. O decreto-lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios da racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle de resultados. Nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. (SPINK; PEREIRA, 1998, p. 244).

Todavia, a reforma desenvolvimentista de 1967 baseada na descentralização e na desconcentração através da delegação de competências, dentro da própria estrutura estatal, bem como pela criação de novas instituições, como autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades da Administração Pública indireta, com maior autonomia operacional e administrativa

para prestar serviços públicos delegados fracassou (PROCOPIUCK, 2013).

Isso porque ao permitir a contratação de empregados sem concurso público tornou o ambiente propício para a ascensão de práticas patrimonialistas e oportunistas. Além disso, a crise política do governo militar só acentuou o enfraquecimento do Estado e da administração pública, ressurgindo o movimento centralizador no combate a corrupção.

Os anos que se seguiram foram marcados pelo retrocesso do Estado que buscando voltar à prosperidade, a exemplo dos anos 50, os “anos dourados” do desenvolvimento do Brasil, voltou a empregar ideais populistas burocráticos dos anos 30 à administração pública. Sendo assim, as reformas e ajustes fiscais necessários para acabar com a crise que assolava o país foram ignorados.

A Constituição de 1988 (CF/88), com o objetivo de fortalecer a Administração Pública direta diante das frustradas tentativas de descentralização iniciadas em 1967 que culminaram no clientelismo e outras práticas patrimonialistas, representou um retrocesso à superada e arcaica Administração Pública burocrática, vez que instituiu:

uma administração pública altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda prioridade seria dada a administração direta, e não à indireta. A Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo. [...] Não perceberam que as formas mais descentralizadas e flexíveis da administração, que o Decreto-lei nº 200 havia consagrado, eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência as empresas e os serviços sociais. E decidiram completar a revolução burocrática antes de pensar nos princípios da moderna administração pública. (SPINK; PEREIRA, 1998, p. 246).

A Constituição, marcada pelo enrijecimento burocrático extremo, com propósitos já superados pelo Decreto-lei nº 200 de 1967, centralizada, hierárquica e rígida, ignorou as novas orientações da Administração Pública. Os grupos burocráticos, ao notarem que as práticas patrimonialistas haviam sobrevivido, e que a descentralização através das autarquias e das fundações públicas haviam dado margem para o clientelismo, enquadraram-nas sob as mesmas condições propostas pelo modelo burocrático-profissional clássico para a Administração Pública direta. Tais medidas agravaram a crise fiscal brasileira na década de 90, vez que a combinação de tais fatores, permanência de práticas patrimonialistas junto ao uso de métodos burocráticos para combatê-las é, em parte, responsável pelo alto custo e pela baixa qualidade da Administração Pública (PEREIRA, 1998).

Ademais, em contradição à sua perspectiva burocrática, que refuta qualquer tipo de prática clientelista, a CF/88, sobretudo em decorrência da herança cultural patrimonialista e corporativista portuguesa, definiu uma série de benefícios e privilégios que culminariam em graves prejuízos fiscais à sociedade brasileira. Dentre tais privilégios se sobressaltam dois. Primeiramente, ter regulado um sistema de aposentadoria integral sem qualquer vinculação ao tempo de serviço prestado ao Estado, o que, somado à previsão de aposentadoria especial permitiu que servidores públicos além de se aposentarem cedo, por volta dos cinquenta anos, acumulassem aposentadorias. Outrossim, ter instituído regime jurídico único a todos os servidores da Administração Pública direta e das autarquias e fundações, concedendo assim, por consequência, estabilidade e aposentadoria integral a todos os funcionários públicos celetistas de fundações e autarquias já que transformou tais celetistas em estatutários (SPINK; PEREIRA, 1998).

Nesse contexto, ainda que o artigo 175 da Constituição (BRASIL, 1988, p. 96) discorra que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, percebe-se que a Constituição desconsiderou a necessidade de aproximação da Administração Pública aos modelos flexíveis e autônomos adotados pelo mercado privado de trabalho de modo a torná-la mais eficiente. Ao contrário, separou-os completamente quando instituiu sistema privilegiado de aposentadorias, eliminou funcionários celetistas, criou regime jurídico único e conferiu rígida estabilidade aos funcionários estatutários (PEREIRA, 1998).

Ademais, firmou-se retrógada, mais uma vez, quando determinou que à administração indireta, aqui compreendidas principalmente as autarquias e as fundações públicas, a fim de evitar o nepotismo e a corrupção, aplicam-se as regras burocráticas rígidas de funcionamento semelhantes às aplicadas à administração direta, tais como necessidade de concurso público para admissão de funcionários. Dessa maneira, retirou a flexibilidade operacional da administração indireta, enfraquecendo a até então tida como melhor alternativa na busca por serviços mais flexíveis e eficientes (BRASIL, 1995). Nessa perspectiva, salienta Pereira (1998, p. 192):

o serviço público tornou-se mais ineficiente e mais caro e o mercado de trabalho público separou-se completamente do mercado de trabalho privado. A separação foi proporcionada não apenas pelo sistema privilegiado de aposentadorias do setor público, mas também: pela exigência de um regime jurídico único, que levou a eliminação dos funcionários celetistas na administração descentralizada; pela afirmação

constitucional de um sistema de estabilidade rígido, que tornou inviável a cobrança de trabalho dos servidores; pelo fim do mecanismo de ascensão funcional (promoção via concurso interno para outro cargo, que estimula o servidor a buscar o seu desenvolvimento profissional), devido às irregularidades observadas no uso de tal instrumento; e pela disseminação exagerada, baseada numa interpretação distorcida, do princípio da isonomia, que enrijece por completo a política remuneratória e, na prática, obriga, em última instância, a pagar de forma semelhante os desiguais.

A intenção ao prover a estabilidade a todos servidores públicos foi protegê-los de possível despedida arbitrária, especialmente por motivos políticos, prática recorrente no modelo de Estado pré-capitalista e pré-democrático. Uma vez dotado de estabilidade, o servidor somente poderá ser demitido diante de processo administrativo disciplinar ou processo judicial, assegurado o direito à ampla defesa e contraditório.

A estabilidade, entretanto implica um custo. Impede a adequação dos quadros de funcionários às reais necessidades do serviço, ao mesmo tempo que inviabiliza a implantação de um sistema de administração pública eficiente, baseado num sistema de incentivos e punições (SPINK; PEREIRA, 1998, p. 252).

Ao impedir que a ineficiência, desempenho e condutas incompatíveis, ou resultados negativos causem a demissão do servidor público, e que, ao inverso do que ocorre no setor privado, no serviço público a promoção interna, a gratificação por desempenho e a ascensão são pouco atraentes, a estabilidade implica no aumento da ineficiência dos serviços públicos (PEREIRA, 1998).

Como lembram Gonçalves e Souza ([201-]), além do Decreto-Lei nº 200 de 1967, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, também representou um marco histórico na instituição do modelo gerencial à Administração Pública brasileira. Isso porque tal emenda teve por pretensão introduzir regras e alterar fundamentos legais que permitissem flexibilizar as atividades estatais, propondo maior celeridade e eficiência. Sob essa perspectiva, a eficiência foi elevada à princípio constitucional, muito embora parte da doutrina entenda que a eficiência já era concebida implicitamente como princípio administrativo no ordenamento jurídico mesmo antes de 1998. São estes mesmos doutrinadores que ressaltam que não são meras alterações legais que alterarão a condição deficitária da Administração Pública. A fim de que os resultados práticos sejam alcançados é imprescindível a combinação de no mínimo três fatores: legais, de gestão e comportamentais. Não bastam alterações de ordem legal se autoridades públicas não as utilizam de maneira positiva na gestão pública, sem demandar, dessa forma, alteração comportamental.

A partir de 1995, o Brasil, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, viveu um momento de transição. Ciente que a Administração Pública carecia de reformas para alcançar um novo modelo de gestão pública mais moderno e eficiente, e mormente orientado a comunicar-se com os cidadãos, fundou suas reformas inicialmente no ajuste fiscal frente ao excesso de funcionários no quadro.

Tal ajuste fiscal foi realizado basicamente por meio do sistema de exoneração voluntária de funcionários em excesso. Em troca de indenização e outras vantagens como treinamento para a vida privada, o servidor voluntariamente solicitava o desligamento. Soma-se a isso a fixação de teto para a remuneração dos servidores, bem como a alteração constitucional do sistema de aposentadorias, aumentando o tempo de serviço e a idade mínima necessários, além de estipular tempo mínimo de serviço prestado ao Estado e tornar proporcional a contribuição ao valor da aposentadoria (SPINK; PEREIRA, 1998). Nessa esteira,

o campo das críticas à Constituição de 1988 fica claro nas Emendas nºs 19 e 20. Essas medidas propostas pela Reforma Bresser definiram tetos para o gasto com funcionalismo, alterações no caráter rígido e equivocado do regime jurídico único, introdução do princípio da eficiência entre os pilares do direito administrativo e a maior abertura para o controle do Estado pela sociedade. Tais mudanças constituíram-se em peças essenciais na criação de uma ordem jurídica que estabeleceu parâmetros de restrição orçamentária, de otimização das políticas e democratização da gestão pública. (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 60).

A proposta de reforma não pode ser classificada como centralizadora nem como plenamente descentralizadora. A ideia era fortalecer a Administração Pública direta e ao mesmo tempo descentralizar os serviços e delegar autoridade por meio de contratos de gestão, partindo da premissa que os Estados possam ser divididos em quatro setores distintos: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não-exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado.

Quanto ao núcleo estratégico, formado pelo Legislativo, Judiciário, Presidência e cúpula dos ministérios, cabe tradicionalmente o poder de Estado de criar, definir e em último plano garantir que sejam cumpridas as leis e as políticas públicas instituídas. Para tanto, também poderá utilizar-se dos contratos de gestão. Nessa perspectiva,

através do contrato de gestão, o núcleo estratégico definirá os objetivos das entidades executoras do Estado e os respectivos indicadores de desempenho, e garantirá a essas entidades os meios humanos, materiais e financeiros para sua consecução. As entidades executoras serão, respectivamente, as "agências autônomas", no setor as atividades exclusivas do Estado, e as "organizações sociais", no setor de serviços não-

exclusivos do Estado. (SPINK; PEREIRA, 1998, p. 259, grifado no original).

Dessa forma, entende-se que nas atividades exclusivas e não-exclusivas, a administração deve ser descentralizada, incumbindo a sociedade, inserida em um contexto de Estado democrático, e ao governo, conjuntamente, o encargo de controle via contrato de gestão.

Dadas as condições políticas do Brasil, e somando-se a isso o legado negativo da era Collor, que por meio de ideais neoliberais distorcidos, teve seu governo marcado pela corrupção, agravando o desprestígio do serviço público, pela falta de apoio do Congresso e por uma sociedade atormentada com a instabilidade monetária que marcaram o início da década de 90, as reformas administrativas propostas pelo ministro Bresser Pereira durante o governo FHC não tiveram apoio suficiente e não foram integralmente finalizadas (PEREIRA, 1998). Não bastassem as condições políticas, econômicas e sociais,

a reforma da gestão pública, ademais, enfrentou um problema estrutural: boa parte do sistema político tem um cálculo de carreira que bate de frente com a modernização administrativa. Profissionalizar a burocracia e avaliá-la constantemente por meio de metas e indicadores são ações que reduziram a interferência política sobre a distribuição de cargos e verbas públicas. Essa situação só pode ser mudada com a conscientização da sociedade e de uma elite da classe política sobre os feitos negativos do nosso "patrimonialismo profundo". (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 65, grifado no original).

A oposição corporativista às reformas administrativas gerenciais erroneamente as relaciona com práticas neoliberais, caracterizadas pela intervenção mínima do Estado, ao qual caberia apenas o dever de garantir os direitos a propriedade, deixando o mercado coordenar a economia. Contudo, não é essa a pretensão da reforma, já que o sistema liberal por si só já mostrou-se incompatível. O mercado por si só não pode determinar a execução de políticas públicas. O Estado moderno deve atuar, principalmente nas áreas não cobertas pelo mercado ou onde esse vem coordenando mal suas funções (PROCOPIUCK, 2013).

Dessa forma, conclui-se que o Estado moderno não pode ser mínimo. Ademais, não pode ser substituído pelo mercado ou pela iniciativa privada. Deve, outrossim, regulamentar este mercado e a iniciativa privada de maneira que atuem em prol do interesse público (SPINK; PEREIRA, 1998). Nessa linha, Pereira (1998, p. 40) prevê que:

o Estado do século vinte e um será um Estado Social-Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento

econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente por intermédio de organizações públicas não-estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional.

Sendo assim, a reforma significa sim, em primeiro plano, diminuir o tamanho do Estado através da readequação de seu quadro de servidores, eliminando o excesso, reduzindo gastos, gerindo os recursos financeiros de forma eficiente e eficaz. A gestão pública gerencial prega a redução da Administração Pública no campo da produção de bens e serviços e execução de serviços públicos. A ideia é que ela ao invés de promover diretamente o desenvolvimento econômico e social, atue como reguladora, facilitadora e financiadora do progresso social.

O Estado regulador, nesse viés, caracteriza-se por situar-se como um meio termo entre o Estado social positivo e o agir negativo do Estado liberal. Se no Estado Absolutista o poder político do soberano era ilimitado, o Estado liberal veio para limitar tal poder, proteger os indivíduos e principalmente a propriedade privada. Ocorre que o mercado por si só não consegue regular as demandas crescentes da população, e afim de assegurar acesso às necessidades básicas, especialmente o direito à igualdade, surge o Estado social, diretamente provedor e responsável pelos serviços à população. Porém, a atuação positiva do Estado por meio da prestação de serviços diretos, como já visto, também não foi capaz de atender os interesses sociais da população (SOARES, 2013).

E é justamente nesse contexto de redemocratização que se estabelece tal Estado regulador, modelo estatal misto, caracterizado por delegar a prestação de serviços e demandas sociais até então prestados exclusivamente pela Administração Pública à particulares. A prestação de tais serviços feita por particulares por meio da delegação assim como os serviços originariamente privados, são necessariamente regulados pelo Estado, que realiza efetivo controle sobre os resultados, sempre visando o interesse coletivo. A ideia é enxugar a máquina estatal, sem que haja prejuízo aos direitos fundamentais, ainda que os serviços que lhes assegurem sejam delegados à particulares (SOARES, 2013).

2.3.1 A descentralização e o controle de resultados

O impacto da globalização, a crise do Estado e a maior competitividade entre os países na década de 90 colocou em cheque o modelo burocrático de gestão pública orientador da Administração Pública brasileira. Isso porque tal modelo, na prática, caracterizou-se pelos elevados custos financeiros e pela baixa qualidade dos serviços sociais prestados pelo Estado.

Se o Estado do século XX concentrava em si o poder de prestador, regulador e interventor dos serviços públicos, sob égide excessivamente burocrática e pouco resolutiva uma vez que não existia controle sobre os resultados, apenas sobre os processos e procedimentos, ou seja, sobre normas legais e éticas a fim de afastar qualquer resquício do clientelismo e da corrupção, o Estado de século XXI, ciente da necessidade de estabelecer novas fronteiras entre Estado x Sociedade x Mercado, encontra no setor público não-estatal uma alternativa para reverter o quadro de crise estrutural do aparelho estatal.

A ideia, ao contrário da proposta neoliberal que prega o fortalecimento do mercado sem a intervenção estatal, o que poderia comprometer as políticas sociais, não é reduzir o Estado ao mínimo, mas sim reconstruí-lo, redefinindo suas funções. Redefinir suas funções, em um primeiro momento, provocaria, sim, redução de seu tamanho. Isso porque, com o estreitamento do grau de interferência do Estado em serviços exclusivos, em parte, e mais expressivamente nos serviços não-exclusivos, o contingente pessoal necessário atuando na Administração Pública direta seria bem menor.

A rigidez da estabilidade assegurada aos servidores públicos pela Constituição, impede a adequação dos quadros de funcionários às reais necessidades do serviço, e dificulta a cobrança de trabalho. Percebe-se que a norma constitucional estabelece política de recursos humanos incoerente com as necessidades do aparelho do Estado. Nas palavras de Beltrão, (1968, p. 77):

não há a menor razão para que o Governo aumente desnecessariamente seus quadros, quando há organizações particulares capacitadas para realizar os serviços que pretende. A grande função do Governo não é executar; é definir política, alocar recursos, aprovar programas e promover sua execução.

Nesta mesma perspectiva, Morales (1999, p. 62), considerando que o modelo gerencial busca gradativamente a “publicização” dos serviços não-exclusivos do

Estado, isto é, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de “organizações sociais”, pontua que:

a reforma gerencialista ou pós-burocrática propõe uma estratégia para descentralizar serviços públicos, mantendo a responsabilidade financeira e regulatória do Estado. [...] O molde que a distingue é o de uma organização nem estatal nem privada, sem fins lucrativos, cuja finalidade é prestar serviços de interesse público de natureza concorrencial, com financiamento público e métodos de funcionamento do setor privado, submetida a duplo controle: estatal e social.

Por organizações sociais tem-se pessoas jurídicas sob regime jurídico de direito privado que originalmente são concebidas como associação ou fundação, mas que após habilitação perante o poder público, recebem título conferindo-lhes qualificação jurídica de organização social. Sem fins lucrativos, são criadas por iniciativa de particulares e através da delegação do Estado mediante contrato de gestão desenvolvem serviços públicos de natureza social. Tais entidades foram tratadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, e posteriormente, em 1998, foram disciplinadas em âmbito federal pela Lei nº 9.637. De acordo com o artigo 11 da mencionada lei, as organizações sociais são definidas como entidades de interesse social e utilidade pública (DI PIETRO, 2013).

Dessa forma, a descentralização, sobretudo a “publicização”, deu origem a organizações de serviço público não-estatais (Ospnes). Tais organizações, pretendem ser um meio termo entre as entidades estatais e o mercado (bem como suas entidades privadas). Assim, submetidas ao financiamento e controle estatal, não visam lucro, mas, favorecidas pela autonomia de gestão, admitem medidas organizacionais privadas menos rígidas com o propósito de potencializar seus resultados, em prol da eficiência e melhores serviços, diante da escassez de recursos públicos.

Submetidas a uma relação contratual, contudo não subordinadas diretamente ao Estado, as Ospnes prestam serviços públicos tidos como atividades não exclusivas do Estado. As atividades não exclusivas do Estado compreendem serviços públicos essencialmente sociais como saúde, educação e cultura, direitos fundamentais do cidadão conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal, e como tal não devem ser privatizados. Cabe ao Estado a garantia desses direitos, todavia a prestação desses serviços não precisa se dar diretamente.

O compromisso com os resultados vai balizar a autonomia de gestão das organizações públicas não-estatais. Significa dizer que o contrato de gestão firmado

propicia que o ente estatal controle e cobre resultados e não mais exclusivamente processos e procedimentos. Nesse sentido,

por meio de metas pré-acordadas entre as partes, a serem alcançadas pela entidade prestadora de serviços em troca de algum, grau maior de flexibilidade, a contratualização de resultados no setor público substitui o controle clássico político (pela hierarquia) e burocrático (pelo cumprimento de normas) pelo controle baseado em resultados e certa competição administrativa que dá visibilidade aos resultados alcançados. (LOUREIRO; ABRUCIO; PACHECO, 2010, p. 197).

Ademais, a própria sociedade democrática, principal destinatária da *res publica*, diante da transparência dos serviços, poderá intensificar sua inserção social através da participação e controle popular, recolocando o Estado como instrumento do exercício pleno da cidadania. Até porque,

a gestão baseada em resultado interliga todo o ciclo de gestão das entidades públicas, com destaque para a força e a importância do processo de planejamento. Na verdade o planejamento deve ser orientado para resultados desde sua concepção. Controle social e participação popular, na formulação do plano de longo prazo no setor público, constituem requisito indispensável para a legitimação de metas e políticas públicas a serem definidas. (RIBEIRO FILHO et al., 2012, p. 10).

O propósito da descentralização e do controle de resultados é fomentar a integração entre o Estado e a sociedade, hoje tão insatisfeita com os serviços públicos prestados, e frente a isso avaliar novas estratégias de gestão para aumentar a rentabilidade dos recursos públicos e dar solução às demandas sociais. Há que se ter em mente que “a necessidade é sempre maior do que a disponibilidade, por isso é imperdoável a incompetência enquanto houver necessidade” (JENKINS, 1998, p. 213).

A participação popular resulta no fortalecimento da sociedade e proporciona, também, a consolidação da representatividade, da capacidade e da responsabilidade institucional do Estado, que nada mais é que um instrumento que possibilita a nação realizar seus objetivos.

Gerindo e regulando adequadamente seus recursos humanos, orientado pelas necessidades e perspectivas dos cidadãos, já que o “serviço público” é, por essência voltado para o cidadão, o Estado do século XXI, daqui por diante deverá investir cada vez mais na contratação de entidades públicas não-estatais, mais competitivas e eficientes, primando pelo controle via contrato de gestão e participação popular.

Para se ter uma ideia prática acerca da aplicabilidade do modelo gerencial em outros países, a partir da década de 70, com o fim do período de prosperidade após a II Guerra Mundial, e com a queda do mundo socialista, o modelo burocrático e a contínua intervenção do Estado na economia que sustentavam o *Welfare State* entraram em xeque na Europa.

No Reino Unido as mudanças iniciaram após a eleição, em 1979, de um governo decidido a modificar o funcionamento do serviço público. Para tanto, pretendiam enxugar o tamanho da máquina estatal, reduzindo, conseqüentemente os seus custos, e moderar a interferência do Estado britânico na economia uma vez que entendiam que o setor privado saberia fazer tudo melhor por menores custos. Sobre as mudanças no Reino Unido, Jenkins (1998, p. 202) nos diz:

o tamanho da administração central foi reduzido de mais de 700 mil pessoas para aproximadamente 600 mil. Estabeleceu-se o importante princípio de que não seria possível dispor de mais pessoas e, assim, teriam de ser encontrados novos métodos de operação, mais simples ou pelo menos intensivos em mão-de-obra. Controlaram-se também os custos. O estabelecimento de limites de caixa funcionou e continua a servir de mecanismo de controle dos gastos públicos.

Tais medidas, surpreendentemente, foram apoiadas pelo funcionalismo, que, ciente da importância da prestação dos serviços públicos e dos valores desperdiçados pelo Estado, e principalmente encorajados pela maior abertura e flexibilidade acerca de seus trabalhos e ideias, engajaram-se na reforma do serviço público.

A partir de então, as informações relativas a contabilidade do governo passaram a ser mais transparentes a fim de que fosse possível administrar de maneira mais eficiência. Conhecer o quanto era gasto, porque, por quem e em que, em cada setor da Administração Pública era imprescindível para compreender os motivos que deram causa a crise e a partir disso buscar alternativas que trouxessem de volta a prosperidade ao país.

Além de dominar os gastos, era preciso dominar os procedimentos e à vista disso o governo britânico passou a delegar responsabilidades a agências executivas, examinando habitualmente os resultados de seus serviços e reduzindo o sistema centralizado da Administração Pública. Tais agências, focalizavam e dominavam parte do serviço a ser feito e conseqüentemente conseguiam gerir melhor suas atividades, reduzindo e simplificando processos com o passar do tempo.

Os serviços não exclusivos, ademais, foram delegados a iniciativa privada ou terceirizados, a menores custos e maior qualidade. Contudo, nesse aspecto surge o primeiro problema na reforma do serviço público no Reino Unido: a inexistência no setor privado de mercado em dados serviços, tornando o caminho da terceirização e descentralização impraticável. Após as mudanças institucionais do governo britânico, conforme salienta Jenkins (1998, p. 212),

os sinais de melhoria são relativamente claros. Os serviços estão melhorando em rapidez, eficiência e honestidade. Os servidores públicos são responsáveis por seus recursos de forma bastante profissional e procuram constantemente melhores meios de utilizar esses recursos. O grande público sente que está sendo razoavelmente bem tratado [...] Existem menos oportunidades de corrupção quando os processos do governo são transparentes e acessíveis. Houve um progresso real, mas ainda há um longo caminho a percorrer.

Como em todas as mudanças, a reforma do serviço público no Reino Unido também teve falhas. Mas a principal dificuldade à inovação é a confusão que se dá entre a reforma da administração e a alteração política. Embora os serviços públicos estejam habituados às mudanças políticas, que não acarretam necessariamente modificação de seus instrumentos, a reforma da Administração Pública requer, obrigatoriamente, a mudança de instrumentos, o que carece, antes de mais nada, do comprometimento popular diante do reconhecimento da importância de um setor público eficiente, e da mudança cultural.

Já na Nova Zelândia a partir de 1984 as reformas no setor público basearam-se no controle estratégico e na descentralização para aos poucos eliminar a condição extremamente burocrática e centralizada das atividades do Estado. Definir os objetivos, controlar níveis de desempenho, permitir a competição entre serviços estatais e privados e delegar a iniciativa privada serviços não exclusivos permitiu qualificar a atuação do setor público, de seus bens e serviços, melhorando ainda, a relação custo x eficiência das atividades.

Dentre os motivos que levaram o país a reformar a Administração Pública, destaca-se a dificuldade que o governo tinha em tornar a economia mais produtiva e competitiva diante do excesso de formalismo do setor público altamente centralizador e burocrático, o que inevitavelmente tornava-o caro e ineficiente. Nesse sentido, Richardson (1998, p.234), ministra de Finanças da Nova Zelândia em 1990, refere que:

governantes e ministros sempre encontravam grandes dificuldades para exercer controle sobre as políticas que os ajudariam em seus objetivos

estratégicos. Eles se tornavam reféns de um setor público baseado em *inputs*, no qual só se podia exercer controle exigindo a aquiescência de uma série de regras burocráticas sobre decisões e comportamentos institucionais. Isso geralmente tornava mais lenta a implementação das políticas desejadas, ou as frustrava completamente.

A reforma permitiu que a Administração Pública concentrasse esforços na definição de objetivos, de prioridades claras e estratégicas, a fim de que destinasse corretamente os recursos públicos. Ao invés de controlar processos e procedimentos, passou a avaliar o desempenho dos diferentes departamentos bem como seus resultados.

O país reestruturou o núcleo estatal descentralizando serviços públicos à empresas estatais (EEs) onde cada chefe executivo poderia negociar diretamente com os trabalhadores, em um regime baseado no desempenho, sem espaço para emprego vitalício. O propósito das EEs era obter o máximo de benefícios, dar lucro e ser eficiente como as mesmas vantagens e obrigações das empresas privadas.

A criação das EEs permitiu tornar o governo mais enxuto, reduzindo consideravelmente o número de funcionários públicos. Muitos desses funcionários deslocaram-se e foram absorvidos pela iniciativa privada após a descentralização dos serviços, fato esse que equilibrou os índices de desemprego na Nova Zelândia.

Ademais, as reformas do setor público trouxeram grandes benefícios aos contribuintes. Isso porque, assim como as demais empresas, as EEs, altamente rentáveis, pagavam impostos e dividendos ao governo, além de, mais capacitados a atender as necessidades econômicas e sociais da nação, prestarem melhores serviços a menores custos.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REFORMA GERENCIAL

A saúde pública no Brasil passou por significativas mudanças desde a colonização portuguesa até a democratização do Estado. Se inicialmente os poucos serviços e ações de saúde eram destinados à elite colonial, a Constituição Federal de 1988, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, consolidou a saúde como direito fundamental de todos, e dever do Estado, e antecedeu a criação do Sistema Único de Saúde, SUS, pela Lei nº 8.080 de 1990.

Ademais, a partir de então, todos os atos da Administração Pública, e aqui inclui-se o SUS, deverão necessariamente observar os princípios constitucionais na concretização dos interesses coletivos. Os pressupostos da reforma administrativa gerencial também influenciaram a prestação de serviços de saúde, como se verá em seguida.

3.1 Síntese histórica da saúde pública no Brasil

Assim como as reformas administrativas do Estado, a evolução do sistema de saúde brasileiro acompanhou as tendências políticas e econômicas do país em cada momento histórico, sob a ideologia capitalista nacional e internacional. Outrossim, cada período histórico é marcado por alguma dificuldade específica, estritamente relacionada ao contexto econômico e político do Poder Público.

No período colonial/imperial, inexistia política de saúde. Os poucos atendimentos médicos, realizados por profissionais estrangeiros, limitavam-se às classes dominantes. Tratavam-se de atendimentos destinados a reduzir os problemas de saúde pública que poderiam desestabilizar a produção econômica ou prejudicar o comércio exterior. Na medida em que os problemas pontuais eram resolvidos, as intervenções responsáveis pelo controle dos surtos logo eram abandonadas. O restante da população utilizava-se apenas de recursos da medicina popular (ervas medicinais indígenas) e sangria (retirada de sangue para tratamento de doenças) (AGUIAR, 2011).

A primeira Constituição brasileira, de 1824, embora tenha previsão acerca do direito à liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade, não deu espaço para desenvolver o direito à saúde, vez que teve como principal objetivo concentrar e manter o poder nas mãos do Imperador em meio às grandes desigualdades

sociais existentes no Brasil. Visava sobretudo manter os interesses das classes privilegiadas, até porque há que se lembrar que ainda existia escravidão no país (SOUSA, 2015).

Nessa perspectiva, inicialmente a política de saúde não se constituía como prioridade do Estado. Durante o período da República Velha, a partir de 1889, a saúde pública era tratada com as mesmas medidas adotadas no período colonial. Somente em momentos de enfrentamento de surtos de doenças endêmicas e epidêmicas que, se não devidamente controladas poderiam desestabilizar a economia capitalista, o governo voltava sua atenção à saúde pública (AGUIAR, 2011). Tal postura, denominada pela doutrina como sanitarista “campanhista” permeou até aproximadamente 1930, e:

privilegiava o combate às epidemias, como forma de se evitar que o contágio de doenças se alastrasse de maneira incontrolável sobre a população. Não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de “qualidade de vida” ou de “proteção da dignidade humana”. As ações do Estado não tinham um aspecto *promocional* da saúde, restringindo sua atuação a uma esfera de *proteção* geral (adoção de medidas voltadas a evitar a disseminação de doenças). Ademais, a própria Constituição de 1891 não destinava qualquer tratamento ao direito à saúde. (PIVETTA, 2014, p. 119).

Sendo assim, percebe-se que à época não existia qualquer incentivo às ações promocionais de saúde ligadas a prevenção ou conscientização da população por parte do Estado. Todo trabalho realizado visava apenas “a cura imediata”, de maneira a não permitir alastramento maior das doenças, e de forma repressiva e autoritária as pessoas eram submetidas a tratamentos, principalmente campanhas de vacinação, sem compreender as reais intenções de tais medidas (PIVETTA, 2014).

Embrião da previdência social no Brasil, as CAPs, Caixas de Aposentadorias e Pensões, instituídas pela Lei nº 4.682, conhecida como Lei Eloy Chaves, incorporaram a assistência médica aos trabalhadores ferroviários. Através do sistema de contribuições das empresas, do governo e dos empregados, as CAPs eram controladas exclusivamente pelos patrões e empregados, e além de benefícios previdenciários, garantia assistência médica aos empregados segurados, bem como de seus familiares (AGUIAR, 2011). Primeiramente, a assistência médica restringia-se aos trabalhadores ferroviários, contudo posteriormente também foi estendida aos marítimos e estivadores (SOUSA, 2015).

Dessa forma, como o governo não tinha como prioridade as ações e serviços

de saúde curativos, não restava outra alternativa aos mais pobres a não ser continuar utilizando-se das práticas medicinais populares e por vezes recorrer aos poucos serviços prestados pelos hospitais filantrópicos mantidos pela Igreja. A classe dominante, mesmo diante da inércia do Estado, ou ainda que não fizessem jus à assistência médica fornecida pelas CAPs, poderia valer-se de profissionais médicos liberais, tendo em vista o aumento significativo da classe após 1923 (AGUIAR, 2011).

Somente no governo de Getúlio Vargas que foi criado o Ministério da Saúde e da Educação. Outrossim, a Constituição de 1934, terceira na linha cronológica do Brasil, foi a primeira Carta Magna a falar em saúde, além de afirmar os direitos sociais, econômicos e culturais (SOUSA, 2015). Nesse mesmo período, com o crescimento do setor industrial do Brasil em centros urbanos, principalmente nos eixos das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, tem-se a promoção do êxodo rural. Entretanto, a falta de planejamento, culminou em um processo de urbanização desordenado e precário, sem saneamento adequado, aliado ao surgimento de favelas nas cidades polo industriais. E embora Vargas tenha promulgado várias leis trabalhistas em prol da classe trabalhadora, estabelecendo salário-mínimo, direito a férias e descanso semanal remunerado, por exemplo, o processo de industrialização acelerado culminou no aumento do número de acidentes de trabalho e outras doenças decorrentes do exercício profissional diante das condições precárias de trabalho (AGUIAR, 2011).

A fim de não diminuir o ritmo da produção industrial e otimizar a assistência médica da Previdência Social, em 1933 as CAPs transformaram-se em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), vinculados ao Ministério do Trabalho e financiados pelos empregados, empregadores e Estado, passaram gradativamente ao controle do Estado. A partir de então, ficou estabelecido que enquanto ao Ministério cabia controlar campanhas sanitárias de caráter curativo coletivo, os IAPs seriam responsáveis por medidas curativas individuais (AGUIAR, 2011).

Mesmo após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes fascistas e nazistas, e de Vargas no Brasil, a Constituição de 1946 não tratou diretamente do direito à saúde. Contudo, diante do processo de redemocratização no país, tal Constituição foi responsável por importantes avanços na área da saúde. Isso porque estabeleceu à União a competência de legislar acerca de normas gerais pela defesa e proteção da saúde, além de ter dado privilégio às liberdades individuais, ao princípio da Justiça, do trabalho digno e da solidariedade humana (SOUSA, 2015).

Eleito pelo voto popular, Eurico Gaspar Dutra lançou o Plano Salte, firmado em 1950 visando atender as quatro maiores prioridades do Estado: saúde, alimentação, transporte e energia. Na prática tal plano não se consolidou e grande parte dos recursos acabaram sendo investidos na área dos transportes (AGUIAR, 2011).

Somente em julho de 1953 o Ministério da Saúde e Educação foi desmembrado, surgindo então o Ministério da Saúde independente, com direito apenas a um terço dos recursos destinados ao antigo Ministério. A escassez de recursos tornava o novo Ministério pouco eficaz, e por conseguinte a saúde pública brasileira permanecia estagnada no sistema tradicional do “sanitarismo campanhista” (AGUIAR, 2011)

Durante a ditadura militar, os IAPs foram unificados com a formação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social até 1974, passando então a ser subordinado ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Ainda que nesse período o número de trabalhadores abrangidos pela assistência médica previdenciária tenha se expandido com a inclusão da classe dos trabalhadores rurais, empregados domésticos e autônomos, o direito de acesso aos serviços de saúde não eram universalizados, sendo restritos apenas aos trabalhadores com carteira assinada, grande parte da população, mesmo ativa, ficava excluída dos atendimentos em saúde (PIVETTA, 2014).

Não obstante o financiamento dos IAPs fosse tripartite e os seus serviços prestados diretamente através de hospitais, consultórios e serviços médicos próprios, “o INPS passou a ser o grande comprador dos serviços privados de saúde, estimulando-se um padrão de organização da prática médica pela lógica do lucro” (AGUIAR, 2011, p. 30). Entretanto, a possibilidade de geração de lucro também favoreceu fraudes, corrupção e desvios que oneraram os cofres da previdência.

Até meados da década de 70, o período do regime militar vivenciou o denominado “milagre econômico”, marcado pelo crescimento econômico elevado e pela alta expansão industrial. Todavia, o autoritarismo do regime e os problemas sociais desencadearam forte repressão política e aumento significativo da pobreza. Conforme explica Aguiar (2011, p. 31),

ao final dos anos 70, aprofunda-se a crise do modelo de saúde previdenciária. Crise essa favorecida: pelo alto custo da assistência que é complexa, pouco resolutiva e insuficiente para a demanda; pela menor arrecadação financeira em tempos de crise econômica; e pelos desvios de recursos, alimentados pela ânsia de lucro do setor privado. Vive-se um caos

nos serviços públicos de saúde, há muito sucateados e insuficientes para a demanda existente.

Diante da crise do regime militar, a insatisfação da população propiciou movimentos sociais em prol da ampliação da cidadania e abriu espaço para, dentre outras reivindicações, a discussão acerca de uma saúde pública universalista, em substituição ao modelo médico-assistencial privatista, com bases mais democráticas a fim de que as classes menos favorecidas também contassem com assistência previdenciária e à saúde (PIVETTA, 2014).

Ante a crise do setor da saúde, no ano de 1977 surge no Brasil o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, composto dentro outros órgãos pelo INPS, responsável pelo pagamento dos benefícios dos segurados e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, incumbido de prestar assistência médica individual e curativa através de serviços privados contratados (AGUIAR, 2011).

Ao longo dos anos 70 e 80, vários segmentos da sociedade brasileira, tais como trabalhadores, sindicatos, parlamentares de esquerda, estudantes e várias associações, uniram-se na luta pela Reforma Sanitarista Brasileira. Tal projeto buscava reformular o sistema de saúde em vigor, principalmente, no período do governo militar, de alto custo, pouco resolutivo e excludente (AGUIAR, 2011). Em síntese,

o projeto de reforma sanitária preconizava a criação de um sistema único de saúde, acabando com o duplo comando do Ministério da Saúde e do INAMPS que executavam ações de saúde em perspectivas antagônicas. [...] Todos em luta contra as condições precárias de vida da população, contra as iniquidades do sistema de saúde e pelo reconhecimento da saúde como direito social a ser garantido pelo Estado. Esse projeto, cujo desenho e conteúdo consolidaram-se gradativamente ao longo do tempo, preconizava a transformação da relação entre Estado e sociedade, com clara defesa da participação social de forma institucionalizada nos rumos da política de saúde e pela construção da cidadania. Tinha como ambição a universalização do direito à saúde, compreendida como qualidade de vida e um modelo de atenção com ênfase na integralidade. (AGUIAR, 2011, p. 36).

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, em Brasília, reunindo aproximadamente 5.000 mil pessoas, difundiu o projeto de reforma sanitaria. Tal evento contou com a participação de vários atores sociais, e a partir dele foi instituída a Comissão Nacional de Reforma Sanitária a fim de organizar o arcabouço principiológico e jurídico do que posteriormente ficou conhecido como Sistema Único de Saúde (SUS) (PIVETTA, 2014).

Em meio a isso, em 1987 o Programa de Ações Integradas criado em 1983 para atender as reivindicações dos estados e municípios que buscavam maior participação nos recursos destinados à saúde, foi transformado no Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. A partir disso, em conformidade com o princípio da descentralização defendido pela Reforma Sanitária, os três entes da federação passaram a colaborar pela defesa e proteção da saúde. Os serviços de atenção básica principalmente preventivos avançaram e houve um acréscimo, ainda que insuficiente, da cobertura de serviços públicos de saúde à população, culminando, inclusive, na construção de Unidades Básicas de Saúde (AGUIAR, 2011).

Mas é com a Constituição de 1988 que pela primeira vez a saúde é tratada como um direito inerente a todo o cidadão e dever do Estado segundo previsão em seu artigo 6º e 196, rompendo com tradição liberal negativa do Estado (SOUSA, 2015). Ademais, a participação ativa do Movimento pela Reforma Sanitária participou na Assembleia Nacional Constituinte garantiu a previsão constitucional do SUS em seu artigo 198 (PIVETTA, 2014).

Por conseguinte, a criação do SUS em 1990, com a Lei nº 8.080 veio regulamentar a maioria das propostas, princípios e diretrizes da Reforma Sanitária, atribuindo funções, competências e atividades tanto para a União, como para os estados e municípios.

A aprovação do SUS com os princípios e diretrizes da Reforma Sanitária significou uma grande vitória da sociedade. Não obstante, foi criado em um período em que o Brasil se encontrava em grande instabilidade econômica, altas taxas de inflação e influências da conjuntura internacional neoliberal que, juntamente com o recuo dos movimentos sociais, traz sérias dificuldades para a sua regulamentação e implementação de seus princípios e diretrizes e da concretização das propostas da Constituição Cidadã. (AGUIAR, 2011, p. 38).

Finalmente o panorama de saúde pública começa a ser alterado no Brasil. A partir de então, todos os cidadãos tem direito a saúde, dever do Estado, independentemente das condições pessoais, financeiras, de estarem contribuindo para órgão previdenciário, ou estarem trabalhando com carteira assinada. A todo e qualquer cidadão brasileiro, ou mesmo estrangeiro, é garantido o direito de acesso aos serviços do SUS.

3.2 Direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988

O direito fundamental à saúde, consagrado pela Constituição de 1988, primeira na história do Brasil a considerá-lo direito inerente a todo e qualquer ser humano, é assunto recorrente na atualidade. Isso porque além de ser motivo de reivindicação por diversos grupos sociais, também é motivo de preocupação para a Administração Pública, cada vez mais exigida a colocar à disposição dos indivíduos serviços de saúde e assistência que supram a demanda existente, mesmo diante da escassez de recursos financeiros. O artigo 196 da Constituição Federal dispõe (BRASIL, 1988, p. 94):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, tem-se que o direito fundamental implica necessariamente uma postura ativa do Estado diante do seu dever de prestá-lo a todos os cidadãos, mediante políticas públicas preventivas, que reduzam os riscos de doenças, sem deixar de considerar o princípio da impessoalidade, que norteia o acesso universal e igualitário a todos.

Outrossim, caberá à Administração Pública a promoção de ações que alcancem a proteção e a recuperação da saúde, buscando as melhores alternativas de implementação e manutenção de políticas públicas. A eficácia social desse direito fundamental está estritamente relacionada a execução administrativa das políticas públicas, sua organização e seus procedimentos.

Por vezes a falta de planejamento e gestão, aqui principalmente de setores de regulação e auditoria devidamente capacitados, culmina na intervenção do Poder Judiciário quando a Administração Pública não cumpre a norma constitucional em apreço. A postura concessiva deliberada do judiciário frente as demandas judiciais relacionadas a proteção à saúde, bem como, seus impactos econômicos e suas consequências negativas à gestão pública será motivo de análise mais adiante.

A fim de que possamos analisar criticamente o direito à saúde, faz-se imprescindível um estudo acerca do conceito de saúde. Sob a percepção de Kleba (2005, p. 23),

saúde é expressão da história de vida, da história de cada um e da história coletiva. Esta história se faz no cotidiano da vida familiar, grupal e social, e tem sua concretude num espaço temporal e geográfico-social determinado. A história de cada um, a história da natureza e a história da sociedade são e

se fazem interdependentes. O indivíduo constrói sua identidade em sua relação com o mundo social, histórico, com o meio ambiente concreto, estabelecendo trocas e constituindo com ambos uma unidade. Ele age sobre o mundo e o mundo age sobre ele formando sua autoconsciência, sua autoconfiança, seu auto-reconhecimento, o próprio significado de sua existência.

Sendo assim, tem-se que a saúde extrapola a dimensão biológica e individual do indivíduo, tornando-se reflexo da inserção social do cidadão, de questões ligadas a habitação, alimentação e educação de forma coletiva. O Poder Público deve considerar a saúde, bem como os outros direitos fundamentais a ele relacionados, sob a perspectiva objetiva e dimensão transindividual. Dessa forma, assim como é direito de cada um, também é direito de todos.

Deve realizar os direitos sociais avaliando a capacidade de troca, contato, integração e cooperação, alcançando o caráter da ajuda (do Estado) para uma auto-ajuda (do indivíduo), a fim de que o sujeito tenha pleno desenvolvimento da personalidade. Para Illich (1995), citado por Kleba (2005, p. 28, grifado no original),

“saúde” expressa tanto o agir ético quanto o político. De uma certa forma, a saúde de uma população depende de como a administração política organiza tanto a utilização do meio ambiente quanto a produção das condições que promovem a auto confiança, a autonomia e a dignidade humana para todos – principalmente os mais fragilizados socialmente. O nível de saúde será, portanto, tanto melhor onde o meio (social e físico) proporcionar às pessoas a capacidade de enfrentar com autonomia e responsabilidade as condições adversas da vida. O nível de saúde será, por outro lado, tanto mais insatisfatório onde a sobrevivência das pessoas for levada a depender essencialmente de regras decididas por outros.

A dignidade da pessoa humana, um dos pilares da Carta Magna de 1988, vem ao encontro do processo denominado “constitucionalização do Direito”. E, assim como as demais áreas do Direito que foram influenciadas por tal processo, com a Administração Pública não poderia ser diferente.

3.3 A Administração Pública e o direito a saúde na Carta Magna

A Constituição de 1988 influenciou o Direito Administrativo Brasileiro vez que disciplinou novas noções de políticas públicas sob a óptica constitucional, estabeleceu diretrizes à atividade de políticas sanitárias, vinculando o agir estatal.

Embora a Carta Magna tenha destinado um capítulo específico para a Administração Pública, descrevendo seus princípios, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, percebe-se que a partir do momento em que tal

matéria foi elevada ao status de relevância constitucional, conseqüentemente também passou a ser vinculada ao Direito Constitucional, reflexo do processo de “constitucionalização do Direito”.

Ou seja, a partir de tal vinculação das duas áreas do Direito, todos os institutos e diretrizes até então convencionados ao Direito Administrativo deverão ser interpretados e aplicados em consonância com os princípios e regras da Constituição. Conforme declara Pivetta (2014, p. 88),

especificadamente em relação a Administração Pública, a constitucionalização do Direito promove: (i) a limitação da discricionariedade administrativa [...]; (ii) a imposição de deveres positivos de conduta; (iii) a outorga de fundamento normativo para a realização de atos vinculados diretamente à Constituição Federal, independentemente da atividade do legislador infraconstitucional.

Tal fato se deve à mudança na percepção jurídica da Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito. Se antes esta não passava de mero documento político em um Estado Liberal no qual a Administração Pública trabalhava apenas para evitar qualquer tipo de lesão ao direito à liberdade, a partir de então ela passa a ter caráter vinculativo e obrigatório, alcançando o topo da hierarquia normativa.

A superioridade da lei foi substituída pela supremacia da constituição, e tal passagem transforma a Administração Pública, agora focada na “prestação”, isto é, na promoção de condições que permitam a satisfação dos direitos sociais, finalidade constitucional. Desta forma,

a constitucionalização do Direito, no que diz respeito à Administração Pública estabelece não apenas um “regime jurídico constitucional-administrativo”, que disciplina o seu agir, como também lhe impõe objetivos que inobjetavelmente devem ser alcançados, como a realização de direitos sociais. No campo específico do direito à saúde, a vinculação da Administração Pública encontra-se expressamente definida. Em primeiro lugar, pelo fato de a norma constitucional que o consagra (art. 6º da CF/1998): ao irradiar seus efeitos imediatamente, o direito à saúde impõe deveres de respeito, proteção e promoção, de observância obrigatória pelo administrador público. Em segundo lugar, o próprio legislador constituinte já especificou em sessão própria (Sessão II – “Da Saúde”, que compreende os arts. 196 a 200), a estrutura substancial e o regime de efetivação das políticas sanitárias [...]. (PIVETTA, 2014, p. 93, grifado no original).

Com relação à forma de implementação das políticas públicas frente a concretização do direito à saúde pelo Estado, convém a este avaliar as necessidades e as possibilidades conforme determinado caso concreto. Todavia, isso não significa que o gestor público goze de ampla liberdade na escolha de suas

condutas. Embora não tenha vinculado rigorosamente as condutas do ente estatal, o próprio texto constitucional prevê algumas situações de competência vinculada e discricionária.

Primeiramente, há que se lembrar que por estar estritamente ligada a Constituição, não cabe à Administração Pública optar se realiza ou não a determinação constitucional. O direito à saúde, direito social elevado ao status fundamental frente à sua consagração no plano do direito constitucional, deve ser concretizado, conforme previsão do já trabalhado artigo 196 da Carta Magna.

Cabe ao Estado, inserido nesta perspectiva como ator ativo do direito fundamental à saúde, formular e executar políticas públicas, tanto de caráter negativo, de defesa, como positivo, de prestação. Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 39) explicam que:

na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências e agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam provenientes de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que assegurem a fruição do direito.

Ademais, o próprio artigo 196 da Constituição restringe e delimita a discricionariedade do administrador vez que determina em linhas gerais o que as ações e serviços de saúde devem contemplar necessariamente. Dessa forma, o administrador deverá ater-se em:

(i) prestações preventivas, ligadas aos deveres de proteção (que reduzam o risco de doenças e outros agravos); (ii) prestações ligadas aos deveres de proteção e promoção do direito (fornecer bens à população que permitam não apenas a cura de enfermidades, mas também a realização de condutas que incrementem a qualidade de vida dos cidadãos); (iii) ainda, tais prestações serão orientadas pela diretriz de “atendimento integral” (art. 198, II da CF/1988). Políticas que estejam em desacordo com estas linhas serão, naturalmente, inconstitucionais. (PIVETTA, 2014, p. 97, grifado no original).

Outrossim, outras leis ordinárias e atos normativos vem restringir a liberdade do gestor público. Dentre elas, no que diz respeito à regulamentação da saúde, destacam-se a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e a Lei nº 8.142/1990, que trata da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Ambas as leis citadas vinculam toda a Administração Pública.

Desse modo, conclui-se que conquanto seja conferido ao Estado apreciar, conforme situações concretas, quais medidas são as mais adequadas ao interesse público, principalmente se considerarmos que por vezes a legislação não acompanha o desenvolvimento tecnológico, o âmbito de discricionariedade de atuação da Administração Pública na realização dos direitos sociais é mínimo. Todas as condutas, ainda que não especificadamente previstas pelo legislador, são vinculadas ao Direito Constitucional e à sua finalidade de viabilizar acesso ao direito previsto na norma. De acordo com Pivetta (2014, p. 107),

com isso compreende-se a relevância do estudo das políticas públicas no âmbito do Direito Administrativo: num primeiro momento, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 estabelecer um rol de prioridades que vinculam a ação do administrador público, o que muitas vezes se dá por intermédio da formulação de políticas públicas. Ainda pelo fato de a concretização daquelas prioridades exigir, com frequência, a articulação de instrumentos tipicamente de Direito Administrativo – como a desapropriação para a construção de hospitais, a realização de concurso público para a contratação de enfermeiros, a formalização de convênios entre os entes da federação para o fortalecimento de determinadas ações de saúde.

Nessa perspectiva, fica claro perceber que na verdade hoje o direito administrativo atualmente nada mais é que o direito constitucional aplicado. A evolução do direito administrativo bem como do direito constitucional, tornou esse último nada mais nada menos que mais uma face do novo “direito administrativo regulador”, que utiliza-se do campo do direito público para implantar e executar programas econômicos de desenvolvimento em todas as áreas de interesse público, e dentre elas, com ênfase na saúde.

3.4 Princípios do Sistema Único de Saúde na Constituição Federal

Os artigos 194, 196 e 198 da Constituição Federal de 1988 tratam do direito fundamental à saúde e de sua leitura conjunta é possível concluir que cabe ao Estado implementar políticas públicas adequadas para a saúde, seguindo os seguintes princípios: universalidade, caráter democrático, descentralização da administração, atendimento integral e regionalização e hierarquização.

Tem-se, então, que o direito à saúde é direito coletivo, e como tal deve ser assegurado a todos o acesso universal e igualitário, sendo alcançado mediante

políticas públicas adequadas nos três níveis da federação, União, estados e municípios através do Sistema Único de Saúde. Sob essa perspectiva, segundo explica Silva (2005), citado por Sousa (2015, p.117),

o sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem o polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção de saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais e distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as ações preventivas e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro.

Ainda que a atuação das políticas públicas ligadas ao direito à saúde tenham evoluído bastante nos últimos anos, e tenham contribuído consideravelmente na melhoria da qualidade de vida da população brasileira, há muito que evoluir. O maior problema ainda reside quanto aos recursos limitados destinados à saúde pelo Estado, incompatíveis com a demanda crescente. Embora a legislação promova a descentralização e a conseqüente municipalização, na prática os governos federal e estadual não investem em saúde de maneira eficiente.

Frente a isso, cabe aos gestores o planejamento das políticas públicas de saúde, buscando otimizar o limitado aporte financeiro. Para tanto, inicialmente, deve ficar claro qual o grau de abrangência do dever da Administração Pública para com a população a fim de que seja possível, de certa forma, delimitando o exercício do direito fundamental à saúde, com base nas disposições constitucionais.

Isso porque todo exercício de direito pode, em tese, sofrer limitação, desde que tal medida se faça necessária diante de outro bem ou valor equitativamente resguardado pela norma constitucional (PIVETTA, 2014). A própria Constituição e a Lei nº 8.080/90 já delimitam o direito a saúde em sua própria definição:

(i) de que as medidas preventivas constituem a prioridade do Sistema (art. 198, II da CF/1988); (ii) de que a epidemiologia deve ser utilizada como critério para a alocação de recursos e para a orientação programática (art. 7º, VII da Lei 8.080/1990), bem como que as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento deverão fundamentar a incorporação de medicamentos e tratamentos às políticas do SUS (art. 19-Q, §2º, I da Lei 8.080/1990); (iii) que o conteúdo normativo das políticas sanitárias, pautado pela diretriz da integralidade, deverá abranger as ações e serviços necessários para *cada caso*, em todos os níveis de complexidade (art. 7º, II da Lei 8.080/1990). (PIVETTA, 2014, p. 130, grifado no original).

Convém salientar que integralidade não consiste necessariamente em todo e qualquer serviço assistencial que integre a saúde. Significa dizer que deve o Estado prever e garantir assistência mental, física e social em todas as fases da doença, articulando serviços preventivos e curativos, tanto individuais quanto coletivos, sem deixar de observar os princípios da universalidade e da equidade.

O princípio da descentralização previsto também na Lei nº 8.080/90, lei de implementação do SUS, enfatiza a municipalização da saúde, combinada com a regionalização e hierarquização de rede de serviços. Isso implica não só na redistribuição de responsabilidade entre os três níveis de governo, como também na transferência do poder decisório e recursos financeiros, antes concentrados exclusivamente na esfera federal, aos municípios.

Nesse cenário, o efetivo repasse financeiro aos municípios faz-se imprescindível, caso contrário fica inviável que os gestores municipais atuem com autonomia e de forma plena na coordenação, planejamento e avaliação de ações de saúde em seu território.

Outrossim, a efetividade de um programa governamental e a eficácia de políticas públicas no campo dos direitos sociais, aqui especificamente quanto a saúde, está estritamente relacionada ao grau de articulação entre os agentes públicos envolvidos e o conhecimento do objeto da política pública.

Sendo assim, partindo do pressuposto que a realidade local é determinante na escolha de políticas públicas, e que os gestores municipais estão cientes das necessidades e realidades locais, os municípios passam a figurar como principais responsáveis pela gestão dos serviços públicos de saúde.

A devida organização dos serviços públicos evita a duplicidade de meios para fins idênticos e otimiza os recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos dispensados. Ademais, como dito anteriormente, a descentralização político-administrativa não finda na municipalização, devendo ser combinada de uma organização regionalizada e hierarquizada para maior integração de rede de serviços.

Por rede regionalizada ou “Regiões de Saúde” propõe-se a descentralização a partir da construção de redes de atenção em espaços geográficos contínuos capazes de atender a demanda de municípios (referência intermunicipal) ou estados (referência interestadual) próximos que possuem identidades culturais, econômicas e sociais similares.

Dessa forma, Aguiar (2011, p. 58), pontua que o princípio da regionalização

“refere-se à forma de organização do sistema de saúde com base territorial e populacional e visa uma adequada distribuição de serviços para a promoção da equidade de acesso, otimização de recursos e racionalidade de gastos”.

Quanto ao princípio da hierarquização do SUS, pretendeu-se estabelecer um fluxo nos atendimentos dos usuários, iniciando pelos serviços de atenção básica, voltados às campanhas de reeducação e prevenção, e, se houver necessidade, seguido pelo encaminhamento do paciente a outros níveis de atenção com serviços de maior complexidade e custo.

Além da descentralização e do atendimento integral, o artigo 198 da Constituição refere que as ações e serviços públicos de saúde deverão seguir a diretriz da participação da comunidade. Conforme a Lei nº 8.142/90 a participação popular se dará através das Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde. As Conferências devem ocorrer a cada quatro anos com a participação dos representantes de vários segmentos, tais como dos usuários, trabalhadores e prestadores de serviço, por exemplo.

Já os Conselhos de Saúde, existentes em âmbito municipal, estadual e federal, constituem órgãos de participação popular de caráter permanente e deliberativo sobre os rumos das políticas públicas de saúde. O sucesso de qualquer política pública depende do prévio processo administrativo responsável pela sua elaboração.

Trata-se de procedimento também político diante da necessária legitimidade popular e do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos, principalmente após a Constituição de 1988, frente a finalidade primeira da Administração: alcançar o interesse público, visto que ela existe essencialmente para atendê-los. Os resultados positivos da política pública, ademais, servirão como instrumento de desenvolvimento do país e legitimarão não só as políticas públicas, como os gestores públicos eleitos.

3.5 A reforma gerencial e o direito fundamental à saúde

A reconstituição da Administração Pública adotando os métodos e ensinamentos da revolução gerencial à saúde, parte do pressuposto de que o modelo burocrático vigente no Estado brasileiro pode ser modernizado gerencialmente, e é passível de inserção social. Por isso é preciso inicialmente entender a burocracia, a fim de que seja possível superá-la.

A partir do momento em que os cidadãos passaram a afirmar seus direitos

frente ao Estado Democrático, o tamanho desse Estado, agora preocupado em defender os interesses públicos, tais como educação, saúde, previdência e assistência, por exemplo, aumentou vertiginosamente quando comparado ao Estado liberal do século XIX. Isso também provocou um significativo aumento da carga tributária.

Ocorre que o Estado democrático social no plano operativo permaneceu com a forma administrativa de Estado vigente no pequeno Estado Liberal. O modelo burocrático que visava sobretudo combater a corrupção e o nepotismo que apoiou o modelo patrimonialista, era incompatível com o novo cenário do país. Isso porque o sistema burocrático orientava seu funcionamento sob os princípios da “profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*” (BRASIL, 1995, www.bresserpereira.org.br, p.15).

A Administração Pública, após a segunda metade do século XX, devia passar por uma mudança política, diante da amplificação dos deveres econômicos e sociais do ente estatal, com vistas a modernizar-se e aumentar sua capacidade em atender a demanda crescente da sociedade por serviços coletivos eficientes e de menor custo. Outrossim, o Estado não poderia permanecer a margem do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial.

A maior contribuição da Administração Pública burocrática foi dar efetividade ao controle dos procedimentos e conseqüentemente alcançar maior controle dos abusos cometidos pelos entes públicos. A consequência negativa, percebe-se, foi ter se afastado de sua missão básica, que é atender à sociedade, vez que as organizações públicas não operavam com qualidade e eficiência, e que seus serviços estavam voltados para o simples controle do próprio Estado, e não prioritariamente para o atendimento do cidadão (BRASIL, 1995).

Como à época do surgimento da Administração Pública burocrática os serviços do Estado Liberal eram limitados e restringiam-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade, tal incapacidade do Estado em ater-se na eficiência da prestação dos serviços públicos não era amplamente questionada pelos cidadãos. De acordo com Sousa (2014, p. 87),

isso porque, a lógica da Administração burocrática, que foi pensada em um contexto de Estado liberal de funções limitadas, muito mais como forma de controle *a priori* dos abusos, não é capaz de gerir eficientemente o grande

número de serviços que o Estado pretende prestar.

De fato, somente após o surgimento do Estado Democrático, principalmente após a conquista do sufrágio universal que começou a ficar à mostra os problemas associados à adoção da forma administrativa burocrática. Passou então a ser questionada a capacidade do modelo antigo viabilizar a prestação de serviços devidos pelo Estado democrático social, agora bem mais abrangentes do que no Estado Liberal. Conforme pontua Pereira (2008, p.175),

aos poucos, entretanto, foi se verificando que essa situação era incoerente e insustentável. O aumento do tamanho do Estado tornara necessária e urgente maior eficiência na administração dos gastos públicos e, principalmente, dos gastos sociais. O Estado burocrático estava preocupado fundamentalmente não em ser eficiente, mas em ser efetivo, garantir sua autoridade e a lei. O Estado democrático social do final da segunda metade do século XX ou do começo do século XXI, além de garantir a lei, deve prestar serviços com eficiência. É necessário, portanto, que se envolva em uma grande e segunda reforma, a reforma gerencial, que terá como resultado, nos países que já estão avançados na sua realização, o Estado gerencial.

Com uma mesma quantidade de recursos, um número maior de cidadãos precisam ser atendidos e, a partir do momento em que na prática o cidadão é atendido com qualidade, passa ser refutada a ideia de que a ineficiência é intrínseca ao Estado, e sendo assim, são legitimados os recursos orçamentários perante a sociedade e a ação social do ente estatal passa a ser efetiva (PEREIRA, 2008).

Havia, e ainda há, que se alterar a convicção de que os serviços públicos são necessariamente mal prestados ou que a ineficiência é inerente à Administração Pública. De fato, os cidadãos mostram-se insatisfeitos com o pagamento de impostos, primeiro em virtude do individualismo inerente a todo ser humano, mas principalmente por crerem que dinheiro recebido pelo Estado não é gasto adequadamente.

Quando se iniciou a segunda Reforma Administrativa do Estado no Brasil, a partir de 1995, justamente buscou-se priorizar às áreas sociais tendo em vista a condição social-democrática do governo brasileiro. À época, ciente que uma Administração Pública moderna traria economia e ganhos de produtividade imensos através de uma boa gestão da política social, Luiz Carlos Bresser Pereira, ministro do Governo Fernando Henrique Cardoso, constatou que embora existissem bons administradores e que esses fossem relativamente bem pagos nas áreas da economia e da infra-estrutura, com engenheiros funcionários de empresas estatais,

na área social bons administradores eram uma raridade, e os salários, muito baixos (PEREIRA, 1998).

Nessa perspectiva, inicialmente fez-se necessário superar o mito de que a ineficiência dos serviços públicos se deve à falta de planejamento das políticas públicas. Na maioria das vezes o problema diz respeito não à falta de política pública, mas sim à sua implementação. Se uma política não for corretamente administrada, ainda que corretamente formulada, torna-se muito cara em relação ao serviço prestado, e logo inefetiva.

Dessa forma, fez-se necessário remodelar a Administração Pública, reforçando a “governança”, isto é, a capacidade de governar do Estado, por meio da mudança contínua de um tipo de Administração Pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma Administração Pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. Até porque, a partir da década de 1980, cresce, com o movimento pela redemocratização do Estado brasileiro, a mobilização da sociedade civil reivindicando mais espaços de participação social na defesa de seus interesses com vistas a influenciar a condução das políticas públicas. Nessa perspectiva, conforme dispõe o Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2011, portal2.tcu.gov.br, p. 67),

a governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle. As boas práticas de governança convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando o interesse público com a finalidade de preservar e otimizar o desempenho da organização, contribuindo para a sua longevidade. Em essência, a boa governança institucional tem como principais propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos de incentivo e de monitoramento dos decisores envolvidos, a fim de assegurar que as ações da instituição estejam sempre alinhadas ao interesse público.

A fim de reforçar a “governança” e superar a rigidez e a ineficiência que limita sua capacidade de implementar políticas públicas, o Estado passa a orientar-se pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos ao cidadão, posto aqui como principal beneficiário destes, tendo em vista a necessidade de reduzir custos e desenvolver uma cultura gerencial nas organizações públicas.

Todavia, para isso é preciso equacionar os persistentes problemas patrimonialistas, a corrupção e o nepotismo, bem como dos excessos formais e

anacronismos do modelo burocrático tradicional. A ideia não é negar por completo os princípios e contribuições do modelo burocrático, mas sim desconsiderar algumas de suas características que já estão superadas. Até porque, algumas de características do modelo burocrático ainda se mantêm válidas como formas de garantir efetividade à Administração Pública. Dessa forma, entende-se que:

a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental. (BRASIL, 1995, www.bresserpereira.org.br, p.16).

Quanto a reforma gerencial aplicada ao aparelho de Estado brasileiro, embora a Constituição tenha sido marcada pelo retrocesso ao modelo burocrático, em contraposição ao Decreto Lei nº 200, de 1967, publicado no período da ditadura militar no Brasil, vez que tratou de forma semelhante em diversos aspectos a Administração direta e a indireta, em 1995 foi criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, também conhecido como MARE. A ideia era, sobretudo, abafar a crise fiscal que atravessava o país na década de 90, propiciar um novo modelo de gestão pública que possibilitasse “fazer mais com menos” (SOUSA, 2014).

No ano seguinte, a reforma gerencial passou a ser aplicada às áreas sociais, mais especificadamente no campo da saúde por meio da composição da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde 1996, NOB-96. A perspectiva era readequar o aparelho do Estado fundado na descentralização para os municípios, no controle pelo lado da demanda, em um sistema de competição administrativa entre os hospitais prestadores e responsáveis pela oferta de serviços públicos, transformados em organizações sociais, organizações públicas não-estatais (PEREIRA, 1998).

O controle sob a perspectiva gerencial passa a ser feito sobre os resultados contratados, buscando na administração privada técnicas e estratégias para otimizar os escassos recursos financeiros e humanos. Nessa perspectiva, percebe-se que a “nova ideia é a de concentrar os esforços do governo no financiamento e no controle dos serviços prestados por esses fornecedores descentralizados, ao invés do seu fornecimento direto pelo Estado” (PEREIRA, 1998, p. 257).

Embora a reforma gerencial tenha se inspirado na administração de empresas, não pode com elas ser confundida justamente porque seus critérios e objetivos são distintos. Enquanto a administração privada visa o lucro, e tem sua receita advinda do pagamento que seus clientes fazem ao comprar seus produtos e serviços livremente, a Administração Pública visa o interesse público coletivo, a realização de políticas públicas democraticamente decididas, sob supervisão da sociedade, vez que sua receita é originária de contribuições obrigatórias.

Também em 1995, sob a coordenação de Bresser-Pereira, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que foi de suma importância para a definição das principais estratégias da reforma gerencial brasileira. Sendo assim, em consonância com o respectivo plano, a estratégia gerencial é voltada:

(1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins). (BRASIL, 1995, www.bresserpereira.org.br, p. 16).

No que diz respeito à solução dos problemas administrativos no campo da saúde, especificadamente quanto ao Sistema Único de Saúde, sua reforma gerencial busca efetiva municipalização da saúde pública, a fim de que os municípios superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS, fortalecendo o sistema de atenção básica de saúde. Tendo isso em vista,

os pressupostos da reforma são cinco. Primeiro, pressupõe-se que a descentralização permite um controle muito melhor da qualidade e dos custos dos serviços prestados localmente. Segundo, que a descentralização acompanhada de controle social por parte da comunidade atendida pelo serviço público torna-se duplamente efetiva. Terceiro, que a separação clara entre a demanda e a oferta de serviços permite, ter os fornecedores de serviços médicos-hospitalares, o surgimento de um mecanismo de competição administrativa altamente saudável. Quarto, que o sistema de encaminhamento via postos de saúde e clínicos gerais evitará uma grande quantidade de internações hospitalares inúteis. Quinto, que, a partir da efetiva responsabilização dos prefeitos e dos Conselhos Municipais de Saúde, a auditoria realizada pelo Ministério da Saúde nos hospitais passará a ter caráter complementar à auditoria permanente realizada a nível

municipal, onde, de resto há muito mais fiscalização e participação comunitária. (PEREIRA, 1998, p. 259-260).

A partir dos problemas de implementação do SUS, principalmente financeiros, considerando que em virtude da crise fiscal do Estado brasileiro, houve uma intensa política de redução de gastos públicos, e um significativo aumento nos custos dos serviços de saúde tendo em vista o aprimoramento tecnológico dos tratamentos médicos, não bastassem as fraudes existentes nos hospitais privados e filantrópicos, buscou-se apontar as razões e as soluções para os problemas administrativos no SUS (SOUSA, 2014).

Para tanto, o projeto de reforma gerencial, como visto, primou pela municipalização e melhor controle local, pela descentralização e controle social, separação entre demanda e oferta, fomentando competição administrativa entre prestadores de serviços de saúde, pelo atendimento básico municipal como porta de entrada obrigatória da rede SUS, e pela responsabilização dos gestores de saúde, junto aos serviços de auditoria, aqui não dos processos, mas sim dos resultados.

Antes da NOB-96, a dotação orçamentária da saúde era feita tendo como base a análise de oferta. Dessa forma, os hospitais recebiam recursos do Ministério da Saúde proporcionais à oferta de serviços disponibilizados pelos prestadores, e sendo assim, quanto maior o número de leitos hospitalares na rede SUS possuía o prestador, maior aporte financeiro a ele era transferido. Nas palavras de Pereira (1998, p. 257), “era a raposa dentro do galinheiro” justamente porque tal fluxo favorece internações hospitalares desnecessárias, em detrimento muitas vezes de procedimentos ambulatoriais, mais eficientes e baratos.

O modelo estratégico centralizado na figura do Governo Federal, isto é, concentrado no Ministério da Saúde e na crença de que todos os problemas do Sistema Único de Saúde poderiam ser administrados e resolvidos em Brasília, bem como a falta de distinção entre “demanda” e “oferta”, agravavam ainda mais a crise do sistema hospitalar público, já que além de caro, os serviços prestados não eram de qualidade.

A reforma do SUS, definida pela NOB-96 buscou a municipalização, através da descentralização e da maior parceria entre Governo Federal e os municípios no controle e financiamento dos serviços de saúde. A partir de então, cada município fica responsável pela saúde de seus cidadãos, controlando o credenciamento, produção e pagamento dos atendimentos hospitalares. Nesse sentido entende-se que “a estratégia consiste em distribuir aos municípios os recursos da União

disponíveis para a saúde na proporção do seu número de habitantes, ao invés de distribuí-los na proporção de leitos hospitalares existentes no município” (PEREIRA, 1998, p. 256).

O controle municipal do SUS concentra esforços na produção, ou seja, nos resultados, tendo por referência as demandas locais. Sendo assim, a partir de então, o atendimento na rede básica de saúde passa a ser a porta de entrada obrigatória para a rede hospitalar. O primeiro atendimento do paciente é feito no posto de saúde de acordo com a sua residência (sempre o mais próximo), e os médicos, integrando o Sistema de Demanda, após triagem, entendendo que o caso em específico carece de atendimento hospitalar, encaminha o cidadão, portando sua respectiva Autorização de Internação Hospitalar, AIH, aos hospitais credenciados, por meio do Sistema de Oferta.

Cabe à autoridade municipal, agora dotando de maior responsabilidade, controlar o credenciamento de prestadores de serviços hospitalares ao Sistema de Oferta, negociando as melhores condições, e fomentado a competição pelos melhores serviços. Segundo pontua Pereira (1995), citado por Sousa (2014, p. 100),

o desiderato desta separação entre demanda e oferta, além da descentralização no sentido de maior participação e responsabilização do município na implementação do SUS, era o de proporcionar, por meio do sistema de credenciamento municipal dos hospitais, uma competição administrativa entre os hospitais estatais e os hospitais privados e filantrópicos, pois ao se separar a demanda da oferta, os hospitais, mesmo que estatais, seriam todos colocados do lado da oferta, competindo entre si para oferecer os melhores serviços e ser credenciados.

Dessa maneira, a descentralização estimula a concorrência administrativa, vez que a escolha dos hospitais credenciados é feita levando em consideração a qualidade dos serviços prestados, e não necessariamente a localização. Ademais, a “competição administrativa constrange a Administração a rever o gasto médio por serviço, a realizar redução de despesas desnecessárias e a imprimir maior eficiência na prestação” (SOUSA, 2014, p.100).

Outrossim, o SUS descentralizado permite competição administrativa entre entes públicos estatais, privados e do terceiro setor por meio das organizações sociais, compreendidas como entidades públicas não-estatais. Entretanto, a implementação da reforma gerencial na saúde após a NOB-96, na busca por conferir mais autonomia gerencial às entidades públicas prestadores de serviços de saúde, de fato visou transformar os hospitais em organizações públicas não-estatais.

Isso porque as entidades públicas estatais possuem rígido regime jurídico, o que dificulta a competição com as entidades privadas, que ao contrário, possuem mais autonomia para gerir recursos financeiros, humanos e materiais. Nessa perspectiva, Sousa (2014, p. 102) enfatiza que,

a necessidade de maior autonomia gerencial muitas vezes se choca com o regime rígido dessas entidades estatais, que devem submeter-se a licitações e a concursos públicos no desenvolvimento de seus misteres. O setor da saúde necessita fazer compras de produtos e de tecnologias que evoluem com muita velocidade e contratar mão de obra especializada e atualizada para operar todo o sistema. Ou seja, o gestor necessita de um regime mais flexível para poder realizar compras, contratar ou dispensar funcionários, flexibilidade que não se coaduna com o regime jurídico dos órgãos ou entidades da Administração.

Como as entidades públicas não-estatais orientam-se pelo regime de direito privado, e a Constituição de 1988, conforme já mencionado anteriormente marcou um retrocesso na modernização da Administração Pública tendo em vista que sob diversos aspectos tais como necessidade de licitação e concurso, o regime da Administração Indireta foi assemelhado ao da Administração Direta, as entidades do terceiro setor foram figuras que surgiram como uma alternativa legal na reforma gerencial.

Sendo assim, foram criadas as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, respectivamente pelas Leis nº 9.637/98 e nº 9.790/99, além das Agências Executivas, Lei nº 9.649/98. Em contrapartida, Di Pietro (1996), mencionada por Sousa (2014, p. 103), frisa que:

uma das críticas à chamada Reforma Bresser dos anos 90 foi a de levar muito mais para o terceiro setor, sob regulação estatal, a realização de serviços públicos, em vez de introduzir modernos processos de gestão no interior da administração pública.

Constata-se pelo exposto que quatro foram as principais pretensões da reforma gerencial dos serviços de saúde: descentralizar a administração aos municípios, a fim de que esses possuam maior controle sobre os gastos, tendo em vista que os recursos serão distribuídos pelo Governo Federal de acordo com o critério populacional, fomentar a disputa local entre os prestadores de saúde, sejam entidades privadas, públicas estatais ou públicas não estatais, visando promover o modelo de Administração gerencial através dessa última, criando por fim um sistema

de triagem e regulação da entrada hospitalar feito por médicos do Estado, a fim de evitar procedimentos hospitalares desnecessários (PEREIRA, 1998).

O campo da saúde, em síntese, vem gradativamente implantando as principais propostas da reforma do Estado iniciada em 1995 sob condução de Bresser Pereira. Isso porque já a partir da elaboração da NOB-96 buscou-se, na área das políticas públicas específicas de saúde, delimitar as funções do Estado, diminuindo seu grau de interferência nas atividades produtivas e na execução dos serviços públicos, incentivando o poder público não-estatal, aumentando sua capacidade regulatória, e conseqüentemente, recuperando seu “poder de governo”, isto é, a “governabilidade”.

3.6 Controle judicial do direito fundamental à saúde na perspectiva da Administração Pública gerencial

No que tange ao campo das discussões relacionadas as políticas públicas de saúde no Brasil, o Poder Judiciário, sob o argumento de estar aplicando preceitos da Constituição, vem mostrando-se bastante receptivo às demandas judiciais individuais postuladas contra os entes públicos.

A fim de resguardar o direito fundamental a vida e à saúde, os juízes vem concedendo os mais variados tratamentos e medicações, por vezes nem contemplados na tabela de procedimentos e medicamentos do Sistema Único de Saúde, ou mesmo ainda não registrados no Brasil, desviando vultosos recursos financeiros para o custeio de suas deliberações.

Tal situação retrata a atuação por vezes ineficiente do Poder Público, na gestão da saúde pública. Ainda que os recursos financeiros sejam insuficientes, em parte também são desperdiçados em procedimentos burocráticos, no campo do planejamento e da formulação de estratégias, sem que em seguida haja uma boa execução dessas políticas.

Dessa forma, as adversidades no campo do direito à saúde no Brasil se dariam mais na execução das políticas públicas, ou na sua inexecução por parte dos entes federativos do que na própria inexistência das mesmas. Em outras palavras, a falta de efetividade e eficácia da saúde, que tem abarrotado o Poder Judiciário de demandas nessa área é consequência da inoperância dos gestores nas três esferas de governo (PIVETTA, 2014).

Contudo, ainda que a Administração Pública apresente problemas estruturais e

necessite de reformas para se tornar mais eficiente, também há que se estabelecer critérios que balizem as decisões judiciais a fim de que estas não tenham efeito devastador sobre o sistema de saúde e dificultem ainda mais a gestão dos poucos recursos públicos.

Embora para doutrina e jurisprudência o entendimento seja predominantemente favorável as práticas judiciais concessivas, diversos estudos questionam os prejuízos que tais práticas judiciais causam à gestão pública. A judicialização da saúde da forma como vem sendo conduzida em síntese promoveria a desorganização do sistema de saúde, promoveria um déficit de recurso financeiro diante das limitações orçamentarias e dificuldades operacionais, desrespeito a separação de poderes, e principalmente o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, eficiência e universalidade de acesso as prestações de saúde.

Afinal, como é possível falar de igualdade quando por exemplo aqueles que estão na fila aguardando transplante de órgãos tem seu direito preterido por decisão judicial, a qual deve ser acatada, determinado o atendimento de outro? Seguindo a linha de raciocínio, frisa-se que,

quando o juiz determina o fornecimento de um medicamento a certo cidadão, o qual custa uma soma qualquer e cuja entrega não estava previamente prevista estabelecida nos procedimentos estatais, o que ele está fazendo é subtrair aquele mesmo valor do atendimento a outras necessidades sociais, inclusive (e principalmente) a outras necessidades de saúde. Os terceiros (todos os outros cidadãos) simplesmente não têm como participar da decisão (que é política, em última análise) de alocar recursos em benefício do autor da demanda em detrimento dos interesses de outros cidadãos, o que se afigura profundamente antidemocrático. (CAÚLA, 2012, p. 113).

As políticas públicas de saúde devem ser direcionadas à redução das desigualdades econômicas e sociais. Todavia, a partir do momento em que os juízes assumem o papel de protagonistas na efetivação de tais políticas, normalmente beneficiam a classe média, que possui acesso qualificado à justiça, em detrimento dos mais pobres.

Outrossim, ainda que o judiciário tenha o poder de advertir a inexistência ou insuficiência de política pública, não cabe a ele formular programas a serem implementados, no lugar do administrador. Essa atitude caracterizaria afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, não bastasse a falta de competência do julgador para tanto bem como a repercussão financeira das decisões concessivas. Pelo que determina a Constituição, cabe ao Poder Legislativo

e ao Poder Executivo a formulação e execução de políticas públicas (PIVETTA, 2014).

Muito embora se fundem na falsa percepção de serem precursoras da dignidade da pessoa humana, as ações judiciais desestabilizam a gestão das secretarias de saúde. Isso porque em regra os tratamentos e medicamentos concedidos, sem critério por vezes, são de altíssimo valor, conquanto nem sempre sejam mais eficazes que outros de baixo custo indicados para a mesma doença. Tal fato denota no risco de retrocesso em termos de controle. O Judiciário dificulta a implementação de políticas públicas de saúde, vez que compromete o planejamento e a execução dos serviços públicos em saúde quando baseado em laudos médicos, sem o devido estudo científico estatal, autoriza situações não previstas.

Tendo em vista o crescimento exponencial e o tamanho descontrolado do ativismo judicial na área da saúde, em 2011 foi editada a Lei nº 12.401 de iniciativa parlamentar regulamentando a assistência terapêutica disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde e sistematizando a incorporação de tecnologias de saúde.

Tal lei acrescentou artigos a Lei nº 8.080/1990, lei basilar do SUS, do inciso II do parágrafo primeiro do artigo 19-R, do parágrafo 2º do artigo 19-R e do artigo 19-S. A expressão “assistência terapêutica”, prevista no artigo 6º da Lei nº 8.080/1990, teve seu conceito delineado no artigo 19-M do novo mandamento legal. Sendo assim, a assistência terapêutica integral consiste em (BRASIL, 2011, www.planalto.gov.br):

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Sendo assim, diante da necessária delimitação do conteúdo do direito fundamental a saúde, limitação essa legítima se necessária para atender outro bem ou valor igualmente protegido pela norma constitucional, sem olvidar da limitação financeira do ente estatal, para Caúla (2012, p. 102),

o dispositivo em causa tem relevância muito significativa para o sistema público de saúde. Ele deixa expresso na legislação algo que o bom senso há muito já determinava e que apenas não era considerado pelas decisões concessivas: (a) que um serviço público de saúde não pode funcionar com base em um pressuposto de inexistência de qualquer limitação,

padronização ou racionalização dos recursos naturalmente finitos; (b) que a determinação de quais sejam os medicamentos e procedimentos adequados ao serviço público depende de uma série de conhecimentos e considerações de natureza técnica e orçamentária que, na organização atual do Estado Brasileiro, apenas podem ser solicitados do Poder Executivo.

Dessa forma, o dispositivo em tela foi de suma importância para delimitar os serviços de saúde ofertados à população. Cabe ao ente público estabelecer parâmetros, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que vinculem medicações e tratamentos para cada tipo e fase das enfermidades. A necessidade de tais documentos, e o conteúdo dos mesmos estão indicados nos artigos 19-N e 19-O da legislação em apreciação (BRASIL, 2011, www.planalto.gov.br):

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições: I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos; II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Os artigos acima transcritos são relevantes diante da compreensão do sistema de assistência terapêutica devido pelo Estado. A partir disso fica claro que não será toda e qualquer pretensão no campo da saúde que integrará a esfera jurídico-subjetiva dos cidadãos (PIVETTA, 2014). Nessa linha de raciocínio, conforme salienta Caúla (2012, p. 103),

a partir do momento em que a lei estabelece que a obrigação estatal se prende a protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, é indubitável que soluções simplistas, as quais apenas questionem acerca da pertinência entre estado mórbido e medicação, procedimento ou produto, serão de todo inadequadas para o trato judicial dos problemas relacionados à assistência médica.

Ademais, percebe-se que a lei preocupou-se em estabelecer tratamentos de “primeira escolha”, com base nos documentos que considerem a doença e seus respectivos agravos, por óbvio tecnicamente estabelecida, conquanto entenda necessária igual determinação de medidas alternativas para as situações nas quais a “primeira alternativa” não tenha surtido o efeito esperado.

Dessa maneira, imputa-se obrigatória a observância da “primeira escolha” por parte do administrador público, bem como pelo julgador, permitindo-se tratamento distinto somente após esgotadas as condições previstas pela lei. Deve existir prova técnica que confirme que foram superadas as tentativas de tratamento seguindo os protocolos iniciais previstos pelo ente público, com ocorrência de intolerância ao método ou ineficácia dele, para que então se passe à análise da viabilidade de concessão de tratamento distinto do tido como tecnicamente preferencial. Ou seja, em conformidade com o disposto no artigo 19-O (BRASIL, 2011, www.planalto.gov.br), deverá ser pesado comparativamente a “eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo”.

O artigo 198 da Constituição Federal prevê que as ações e serviços públicos de saúde organizam-se de acordo com a diretriz do “atendimento integral”, tendo como prioridade as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Tem-se por atendimento integral a disponibilização de atendimento médico em todas as etapas de um tratamento. Nesse sentido, tal expressão corriqueiramente vem sendo indevidamente empregada em decisões judiciais quem determinam o fornecimento de medicamentos e produtos.

Supor que a integralidade prevista na Carta Magna trata da garantia de ilimitabilidade das prestações de saúde seria descabida ante a realidade concreta dos recursos públicos financeiros serem naturalmente finitos e limitados. Como bem considerado por Lúcia Léa Guimarães Tavares e Ciro Grynberg (2011), ambos citados por Caúla (2012, p.120, grifado no original),

o que a Constituição determina é uma “*integralidade regulada*”, em atenção aos seus artigos 196 a 198, mesmo porque se “atendimento integral” pudesse ser tido como “totalidade ilimitável” de prestações, não haveria necessidade de a Carta de 1998 estabelecer a “*prioridade para as atividades preventivas*”.

Ademais, um serviço público de saúde não pode, por exemplo, simplesmente conceder um medicamento, tido aqui como um insumo, sem posteriormente

controlar sua eficácia e evolução visto que é dever estatal proteger o direito fundamental à saúde do usuário e garantir sua segurança.

Outrossim, dispõe o artigo 19-T que é vedado em todas as esferas de gestão SUS medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimentais, de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou sem registro em tal órgão ao cabo que o Poder Judiciário não deve desconsiderar as manifestações técnicas dos Sistema Único de Saúde, como vem fazendo na prática. Tal medida se deve a presunção de que tais fármacos também não contam com registro em repartição pública de vigilância sanitária, e sendo assim, não haveriam estudos mínimos capazes de lhes conferirem segurança e efetividade.

A atuação do judiciário acabaria por transformar os indivíduos em cobaias, submetendo-os a testes à novos tratamentos às custas do erário público. Dessa forma, nos casos de demandas requerendo tratamentos experimentais, os juízes não deverão julgar procedentes tais pedidos tendo em vista que se o paciente deseja se subjugar a tratamentos com eficácia ainda não reconhecida, deverá alistar-se nos respectivos projetos médicos de pesquisa, sendo, nesses casos, incabível exigir que o ente público financie ou forneça. Todavia, tal entendimento não se aplica no caso de tratamento com eficácia reconhecida pela comunidade científica. Nesses casos, ainda que o tratamento não tenha sido recepcionado pelo SUS, esse poderá ser demandado e concedido judicialmente. Isso porque os saberes científicos são atualizados constantemente, de tal forma que a legislação não consegue acompanhar. Ante o exposto, considerando que a burocracia estatal não pode ser obstáculo frente a concretização do direito à saúde, vários gestores públicos concedem o tratamento solicitado (PIVETTA, 2014).

O fato do legislador prever rol de prestações de proteção à saúde oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, não exclui a possibilidade do usuário ter sua demanda examinada judicialmente. Para tanto, devem existir critérios. A fim de que se possa demandar judicialmente o fornecimento de tratamento devem, no mínimo, estar configuradas uma das seguintes situações: a doença não estar prevista nas tabelas e protocolos previamente editados ou o tratamento indicado não estar surtindo o efeito esperado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que conquanto não disponibilizado pelo Poder Público através das políticas públicas do SUS, poderá ser questionado junto ao Poder Judiciário tratamento de saúde quando presentes cumulativamente as seguintes condições:

(i) reconhecimento da comunidade científica quanto à eficácia do remédio/tratamento pleiteado (ou a comprovação de que o medicamento se encontra devidamente registrado na Anvisa, o que faz pressupor sua eficácia); (ii) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente; (iii) inexistência de outro medicamento/tratamento eficaz, constante das políticas do SUS; (iv) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por profissional médico habilitado (preferencialmente credenciado ao SUS); (v) o requeinte não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família. (PIVETTA, 2014, p. 241).

Ao Poder Executivo Federal foi destinada a competência de dispor acerca dos procedimentos e medicamentos a serem ofertados, seus respectivos protocolos e diretrizes, bem como mantê-los atualizados. Em função disso, foi editado o Decreto 7.646/2011 que trata sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

A nova lei, ademais, destacou a importância dos protocolos clínicos e com isso buscou combater as disfunções causadas pela judicialização excessiva da saúde por pressupor que o Poder Judiciário não mais justificaria suas decisões em simples prescrições médicas individuais. Nessa perspectiva, a instrução probatória assegurará que eventuais prestações positivas estejam fundamentadas, de forma racional e motivada, em consonância com os critérios técnicos estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Isso porque através da análise da situação clínica do paciente por meio de dados acerca da evolução da doença, exames e diagnósticos, é possível verificar a real necessidade de tratamento distinto do oferecido pelo Poder Público. Para tanto, também é de suma importância avaliação de profissional vinculado à rede sobre as possibilidades de tratamento no caso concreto, considerando as possibilidades ofertadas pela rede pública, tendo em vista que na grande maioria das vezes as demandas judiciais decorrem de prescrições e laudos fornecidos por médicos particulares, em desacordo com as normativas do SUS (PIVETTA, 2014).

Seguindo os protocolos técnicos estabelecidos, e atendendo aos critérios exigidos, conseqüentemente as pretensões em desacordo serão de pronto afastadas. Outrossim, uma avaliação racional detida sobre a prescrição médica de tratamento posteriormente pleiteado junto ao Poder Judiciário vem ao encontro com o dever do Estado de proteção da saúde pública. A verificação da eficácia do tratamento em consideração à situação clínica do paciente diminui o risco das ações judiciais serem utilizadas estrategicamente por médicos mal intencionados, por

vezes associados às indústrias farmacêuticas, que aproveitam-se do momento de fragilidade do cidadão e seus familiares. Nessa esteira, Caúla (2012, p.114) entende que,

do fato de a lei tratar dos ditos protocolos e os valorizar expressamente, extrai-se a inescapável ilação de que a acumulação de conhecimento, a reflexão científica cuidadosa e a experiência concreta na administração dos fármacos não mais poderão ser ignorados, como infelizmente tem sido em favor de prescrições muitas vezes ditadas por um excessivo apego às novidades farmacológicas, por interesses eticamente questionáveis ou por despreocupação com os custos ou riscos do uso das medicações. Não será a simples preferência do usuário do sistema ou de quem lhe preste serviço médico, ainda que sob a justificativa isolada de um suposto ganho de eficácia, por exemplo, que autorizará a desconsideração das escolhas prévias feitas pela Administração.

Fica claro que as decisões judiciais concessivas de tratamentos individuais na área das prestações de serviços de saúde, na medida em que beneficia alguns privilegiados e gera dificuldades orçamentárias em detrimento dos demais cidadãos que não vão a juízo demandar igual ação pode configurar afronta ao princípio constitucional da igualdade. O Poder Judiciário deve garantir que os direitos fundamentais sociais sejam cumpridos, conquanto deve ser criterioso afim de que não afronte o princípio da separação de poderes ou traga prejuízos ao orçamento da Administração Pública.

Apenas após análise técnica sobre as diretrizes e protocolos estabelecidos para o tratamento demandado, ou no caso de não haver previsão, pautando-se racionalmente na comprovação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde é que o Poder Judiciário poderá ter condições de determinar o cumprimento da obrigação.

Sob essa perspectiva a edição da Lei nº 12.401/2011 deve ser exaltada como medida concreta no combate ao processo de judicialização e enfrentamento da destinação de recursos públicos para os serviços de proteção de saúde.

Porém, ainda que o controle judicial seja indispensável na concretização do direito constitucional à saúde, tal medida deveria ser a última a ser tomada pelos cidadãos quando decidem reclamar por seus direitos. Considerando que o Brasil é um país no qual o acesso à Justiça não foi completamente democratizado, as ações individuais acabam por privilegiar quem dispõe de mais instrução em detrimento das classes menos abastadas e intensificam ainda mais a desigualdade. Diante disso, é crível que o Estado institua mecanismos que excluam a necessidade de reclamação

junto ao Poder Judiciário (PIVETTA, 2014).

Inicialmente, em prol da supremacia do interesse público, deverá a Administração Pública estabelecer instrumentos administrativos prévios às demandas judiciais. No campo mais específico do direito à saúde, os casos de pedidos de tratamentos ou medicamentos não previstos na Tabela de procedimentos e medicamentos do SUS, a própria Administração Pública tem o dever de avaliar a procedência do pedido da mesma forma que agem os magistrados. Os protocolos e diretrizes que balizarão as decisões são amplamente disponibilizados pelo Ministério da Saúde, e dessa forma qualquer cidadão poderá pleitear tratamento não disponibilizado na rede sem que para isso deva necessariamente de plano recorrer ao judiciário.

Ademais, a partir disso o ente estatal poderá verificar quais as áreas de saúde em que as políticas públicas estão insuficientes, se existentes, apontando equívocos e acertos da gestão, com o propósito de corrigir as falhas e promover as mudanças necessárias. Tais questões passam a ser discutidas junto à Administração Pública, responsável pela execução dos serviços de saúde e deixam de ser prioritariamente analisadas no gabinete dos magistrados.

Junto a isso, faz-se necessária maior articulação entre os principais entes envolvidos na concretização do direito à saúde tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Administração Pública. Todos os entes devem conhecer os protocolos e diretrizes do SUS, e mais do que isso, aplicá-los a fim de que, devidamente estruturados, seus serviços tenham credibilidade junto aos cidadãos.

Além disso, em conformidade com as propostas da reforma gerencial na saúde, dentre as alternativas ao controle judicial ressaltam-se duas: o controle de resultados externo, feito pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, de acordo com a competência constitucionalmente prevista nos artigos 70 e 71 da Constituição, e o controle social, essencial em um Estado Democrático de Direito, inclusive porque ninguém melhor para avaliar a eficiência dos serviços públicos do que o seu principal interessado: o cidadão. Tratam-se de medidas adequadas não apenas para o controle da Administração Pública, como também à democratização do Estado brasileiro (PIVETTA, 2014).

Transparência e cobrança de resultados, *accountability*, além de uma gestão participativa dos cidadãos. Somente através do diálogo democrático entre o Estado e a sociedade é que se pode definir as prioridades a que o Governo deve ater-se na construção de um país mais próspero e justo. Tudo isso permitirá maior

racionalização da utilização dos recursos públicos, a fim de melhorar a prestação dos serviços públicos e contornar o sistêmico processo da judicialização da saúde no Brasil.

4 FORMAS DE GESTÃO DE SAÚDE: A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA E DO TERCEIRO SETOR EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A PARTIR DA DESCENTRALIZAÇÃO

A redefinição do perfil de atuação do aparelho administrativo estatal brasileiro por meio da proposta de reforma gerencial e do “Plano Diretor da Reforma do Estado, busca reposicionar a Administração Pública, reduzindo sua intervenção direta e ampliando sua capacidade de coordenação e controle de resultados, criando a figura do “Estado Regulador”. Os esforços foram voltados à obtenção de maiores níveis de eficiência das políticas públicas, por meio, principalmente, da descentralização da execução dos serviços públicos.

Entende-se que o mercado é um ótimo alocador de recursos financeiros, a ação do Estado se limitaria às áreas onde o mercado está ausente, ou realiza mal suas tarefas. Sob essa perspectiva, as atividades produtivas ficariam, em regra, a cargo da iniciativa privada. No campo dos serviços sociais, após a reforma, inicia-se o processo de “publicização” com a intenção de ampliar o espaço público não-estatal. Significa dizer que a reforma sob o modelo gerencial incentivou a constituição de entidades públicas não estatais, entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos, ou organizações sociais híbridas, de propriedade pública não-estatal, mais flexíveis e competitivas, sob controle estatal e participação social democrática, ampliando o controle social e transparência das políticas públicas, a fim de que fosse criado um elo entre o Estado e o mercado, proporcionando melhor qualidade dos serviços sociais (PROCOPIUCK, 2013). Dessa maneira,

a adoção desse modelo buscou melhorar a prestação de serviços sociais à medida que o Estado deixaria de ser o executor direto ou prestador de serviços, para ter um papel de fomento, fornecendo recursos e fiscalizando a execução de serviços por meio de organizações sociais. (PROCOPIUCK, 2013, p. 290).

Nessa perspectiva, partindo da definição, dos princípios e da classificação doutrinária dos serviços públicos, serão analisadas as formas de gestão dos mesmos, bem como sua aplicação na promoção do direito fundamental à saúde, considerando as mudanças do aparelho estatal conduzidas pela reforma gerencial no Brasil.

4.1 Serviços Públicos: definição, princípios, classificação e formas de gestão

O conceito de serviço público não permaneceu estático no tempo e passou por significativa ampliação no grau de abrangência nos últimos anos. Tratado pela primeira vez na França pela Escola de Direito Público, inicialmente os principais conceitos consideravam-no em sentido amplo, incluindo todas as atividades do Estado, atividade legislativa, judiciária e administrativa. Para tanto, os doutrinadores no geral adotavam três elementos na definição de serviço público: subjetivo, material e formal. Pelo critério subjetivo entendia-se que serviço público seria aquele prestado exclusivamente pelo Estado, buscando satisfazer as necessidades coletivas (critério material), sob regime de direito público (elemento formal) (DI PIETRO, 2013).

Ocorre que, embora à época em que surgiram as primeiras noções acerca dos serviços públicos comumente fosse possível combinar tais elementos cumulativamente, a partir do momento em que o Estado passou a se afastar dos princípios do liberalismo, começou a ampliar suas atividades, compreendendo também atividades industriais e comerciais.

Ampliando o rol de suas atividades, o Estado, a fim de melhor organizá-las, passou conceder serviços públicos a particulares, através de sociedades de economia mista e empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado, criadas para fim específico e sob regime jurídico privado, parcialmente derogado por normas publicísticas. Sendo assim, a partir de então os serviços públicos deixaram de ser prestados exclusivamente pelo Estado, bem como deixaram de ser prestados sob regime jurídico exclusivamente público. Dessa forma, no que diz respeito a definição de serviço público,

dois elementos foram afetados; o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público. E o elemento formal, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público. (DI PIETRO, 2013, p. 104).

Dispõe o artigo 175 da Constituição que ao Poder Público incumbe, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Sendo assim, percebe-se que o critério subjetivo ainda compõe a definição de serviço público, ainda que com sensíveis alterações

com relação a sua concepção inicial, vez que sua gestão permanece sendo de incumbência do Estado, que entretanto poderá prestá-lo direta, ou indiretamente.

Conquanto prestado indiretamente por meio de pessoas jurídicas de direito privado, cabe frisar que aos serviços públicos nunca se aplicará o direito comum tal qual é aplicados as demais entidades privadas. Isso porque, conforme ensina Di Pietro (2013, p. 108),

a sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham natureza jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias do serviço público), são os mesmos a que se submete a Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade etc.

Inclusive o próprio *caput* do artigo 37 da Constituição prevê que os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência abrangem tanto a Administração Pública direta quanto a indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Do exposto, fica claro que o elemento formal está intimamente ligado ao elemento material. Aplicam-se os princípios da Administração Pública tanto aos serviços públicos prestados diretamente por órgãos do Estado quanto aos descentralizados justamente para preservar seu objetivo primordial: atender as necessidades públicas.

Analisando os elementos do conceito de serviço público em sentido estrito e sob a perspectiva atual do Direito, conclui-se que toda atividade que a lei atribua ao Estado de prestar, direta ou indiretamente através de seus delegados, sob regime jurídico integralmente ou parcialmente público, tendo por perspectiva a supremacia do interesse público, denomina-se serviço público, distinguindo-se do poder de polícia e excluindo as funções legislativas e jurisdicionais. Outrossim, é o próprio Estado, por meio de lei, que, de acordo com a situação política, econômica e social do país escolhe qual de suas atividades serão consideradas serviços públicos. No Brasil, a Constituição indica quais atividades materiais que dão comodidade aos cidadãos enquadram-se como serviços públicos (DI PIETRO, 2013).

Para tanto, devem ser observados os princípios gerais de todo serviço público: a da continuidade, visto que os serviços públicos não podem parar, o da mutabilidade do regime jurídico, que permite flexibilização dos meios aos fins, adaptando a execução do serviço ao interesse público, e o da igualdade dos usuários.

No que tange a classificação, os serviços públicos podem ser denominados variavelmente conforme posição doutrinária como essenciais e não essenciais, ou próprios e impróprios. Os primeiros, essenciais e próprios, em tese devem ser prestados diretamente pelos órgãos do Estado; os segundos, não essenciais e impróprios, por vezes, em verdade, são erroneamente denominados serviços públicos, quando na verdade tratam-se de atividades de interesse público, conceito esse muito mais amplo visto que nem toda atividade de interesse público é um serviço público, podendo ser prestados por particulares sob regulamentação e fiscalização do ente estatal dada a sua importância para a sociedade.

Fato é que as atividades de interesse público devem necessariamente buscar as melhores alternativas para atenderem ao interesse público. Dessa forma, a “desmonopolização” dos serviços públicos autorizados, isto é, os ditos não essenciais ou impróprios, com a concessão das atividades à iniciativa privada abre espaço para a competição entre as prestadoras de serviço público, que a fim de conquistarem os usuários, ampliando a oferta e a qualidade dos serviços à disposição.

Quanto as formas de gestão dos serviços públicos, quando a Constituição trata, no já mencionado artigo 37, de execução direta, essa execução compreende tanto a execução pela Administração Pública direta, isto é, por seus órgãos próprios, quanto pela Administração Pública indireta, que contempla as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas criadas por lei com fim específico e com personalidade jurídica própria. Contudo, embora estas constituam as formas tradicionais de gestão dos serviços públicos, outras maneiras surgiram principalmente após a nova Constituição, tais como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com as organizações sociais, as franquias e os consórcios e convênios de cooperação (DI PIETRO, 2013).

Entretanto, a Administração Pública não goza de discricionariedade quanto a escolha da forma de gestão e execução dos serviços públicos de sua alçada. No que diz respeito exclusivamente aos serviços sociais, poderá haver delegação para entidade privada através de contratos administrativos de gestão com organizações sociais, de concessão administrativa, e por meio de convênios de cooperação e consórcios públicos entre entes federados, sendo assim autorizada a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos em todos os tipos de serviço público, em consonância com o artigo 241 da Constituição e Lei nº 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de

contratação de consórcios públicos.

4.2 A iniciativa privada e os serviços públicos de saúde

Consoante com o artigo 197 da Constituição as ações e serviços de saúde são de “relevância pública”, podendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Na última hipótese, isto é, no caso de serem prestados por terceiros, como constituem-se de serviço de “relevância pública”, os responsáveis estarão sujeitos, nos termos da lei, à regulamentação, fiscalização e controle pelo Poder Público.

Tal ingerência da Administração Pública nas atividades dos particulares denomina-se poder de polícia. A polícia administrativa, faculdade que a Administração possui de condicionar e restringir as atividades de relevante interesse público, visa resguardar o bem de todos, e aqui mais especificamente, o respeito à proteção da saúde.

Tanto o setor está fortemente sujeito a regulação estatal que inclusive foram criadas duas autarquias, habitualmente também denominadas “agências reguladoras”: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Além disso, o artigo 199 também da Constituição, prevê que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo, assim, a saúde ser prestada por particulares ainda que seja dever do Estado.

Dessa forma, entende-se que a Carta Magna permite três formas distintas de prestação dos serviços de saúde: diretamente pelo próprio Poder Público, ou por meio da Administração Pública indireta, indiretamente através de pessoas de direito privado que participam do SUS de forma suplementar, ou, por fim, pela iniciativa privada, sujeita à regulação estatal.

De acordo com o legislador constituinte, em regra o Estado deve oferecer diretamente os serviços de saúde. Contudo, conforme critério previsto no artigo 24 da Lei nº 8.080/1990, no momento em que o Sistema Único de Saúde não contar com recursos suficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Tal permissão vai ao encontro do princípio da eficiência administrativa. A Administração Pública tem o dever de optar pelas medidas que melhor atendam ao interesse público. A fim de alcançar as metas de saúde, faz-se necessário trabalho conjunto e, sendo assim, nenhuma ajuda deve ser dispensada. Segundo Pivetta

(2014, p. 189),

nessa esteira, se em alguma situação concreta o Estado tiver capacidade de ofertar determinado serviço de saúde, mas não poder suprir de maneira ótima todas as situações demandadas, admitir-se-á a formalização de acordo com a iniciativa privada (por convênio ou contrato de direito público).

Nos parágrafos 2º e 3º do artigo 199 da Constituição, constam duas vedações. São elas: destinação de recursos públicos (a título de auxílio ou subvenção) para entidades com fins lucrativos e a participação tanto direta quanto indireta de empresas ou capital estrangeiro nos serviços de saúde no Brasil.

Dentre as alternativas possíveis de participação suplementar da iniciativa privada no SUS, aqui preferencialmente entidades filantrópicas sem fins lucrativos, tem-se os contratos de direito público. A contratação administrativa em princípio deve ser precedida de processo licitatório, nos moldes da Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações.

Entretanto, visto que os serviços de saúde podem ser classificados como especializados ou como “técnicos-profissionais”, ou seja, comumente de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, poderá ser considerada inexigível licitação prévia, em conformidade com a redação do inciso II, do artigo 25 da Lei de Licitações.

Afastada a necessidade de licitação, sugere-se aos gestores que utilizem o mecanismo de chamamento público dos prestadores de saúde, procedimento por meio do qual uma pluralidade de profissionais ou entidades que prestam serviços de maneira similar são informados por edital do interesse da Administração Pública contratar serviços de saúde para suprir as necessidades complementares de sua rede, por valores definidos na tabela SUS. Ademais, cabe mencionar que também poderá haver dispensa de licitação em contratações enquadradas como de pequeno valor ou em casos de emergência e calamidade pública.

Além da delegação serviços de saúde à iniciativa privada através de contratos administrativos, novas formas de gestão dos serviços públicos surgiram após a Constituição, buscando dar mais legalidade aos métodos do modelo de Administração gerencial, tais como as parcerias público-privadas e os contratos de gestão com as organizações sociais.

4.3 O espaço público não-estatal e controle social na saúde

A reforma gerencial do aparelho do Estado brasileiro, com vistas a aumentar sua capacidade de implementar de maneira eficiente as políticas públicas e atender as principais reivindicações dos cidadãos, deu início ao processo de “publicização”, sobretudo com a criação e qualificação de organizações públicas não-estatais após os anos 90.

Tais organizações híbridas resultam da composição dos três princípios básicos da composição social: Estado, mercado e comunidade. Surgem para ampliar o espaço público não-estatal, inovar os instrumentos de política social e promover a prestação de serviços sociais mais eficientes e competitivos.

Nessa perspectiva, Bresser Pereira explica a atuação da Administração Pública considerando que propriedade pública não-estatal é regida pelo Direito Privado, sendo públicos os seus objetivos, embora submetida a regime jurídico privado. Sendo assim, o público não pode ser confundido com o estatal justamente porque o espaço público é mais amplo que o estatal, visto que tanto pode ser estatal quanto não-estatal. Reconhecer tal fato permite concluir que o espaço público é um valor compartilhado por toda a sociedade, e que sua construção depende necessariamente das ações coletivas dela (PROCOPIUCK, 2013).

Conforme disposição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, a estratégia de transição para o modelo gerencial prevê a criação das organizações sociais e o gradativo processo de “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado com o objetivo de:

permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal. Entende-se por “organizações sociais” as 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 à dotação orçamentária. (BRASIL, 1995, www.bresserpereira.org.br, p. 60, grifado no original).

Para tanto, alguns estados-membros e municípios vêm firmando “contratos de gestão com as organizações sociais, que são entidades privadas, sem fins lucrativos, não integrando, porquanto, a Administração” (SOUSA, 2014, p.105). Di Pietro (2009), referida por Sousa (2014, p. 105), define tais contratos como um “ajuste a ser celebrado com instituições não governamentais qualificadas como

organizações sociais, para fins de prestação de serviço público ou atividade de interesse público, mediante fomento pelo Estado”.

Os contratos de gestão com organizações sociais fixam quais os objetivos e metas que devem ser alcançados, limites físicos e financeiros, bem como os critérios de avaliação dos resultados obtidos. O controle é realizado tanto por ente estatal, como por comissões de cidadãos, ampliando o espaço para participação social na condução das políticas públicas. Esse controle social,

se coaduna com os ideais da reforma gerencial, vale dizer, o cidadão-cliente, deve poder exigir um serviço de boa qualidade; e por outro lado, está vinculado ao Estado Democrático de Direito. Qualquer cidadão ou entidade do terceiro setor tem legitimidade para denunciar aos órgãos competentes as irregularidades praticadas pelas entidades do terceiro setor. Em que pese a efetividade e a eficiência desse controle envolver, sobretudo, uma mudança cultural de conscientização cívica, o que é muito difícil em uma sociedade tão fragmentada, o Estado deve fazer o seu papel, desenvolvendo mecanismos de participação. (SOUSA, 2014, p.110).

Existe discussões na doutrina acerca da compatibilidade dos contratos de gestão com organizações sociais do terceiro setor e a transferência da prestação de serviços de saúde para a iniciativa privada com ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, muito embora o ordenamento jurídico não vede a transferência da prestação de serviços de saúde para a iniciativa privada por meio de convênios com organizações sociais, com organizações da sociedade civil de interesse público ou através de parcerias público-privadas, muitas vezes, considerando a forma como são utilizados tais instrumentos, há um desvirtuamento dos fundamentos legais e constitucionais que lhes fundamentam (PIVETTA, 2014).

A divergência diz respeito sobretudo à dispensa de licitação para a celebração de contrato de gestão com entidades qualificadas como organizações sociais, prevista no artigo 24, inciso XXIV da Lei nº 8.666/93, e para a destinação de bens públicos precisos ao implemento do contrato de gestão por tais organizações, instituída pelo artigo 12, parágrafo 3º da Lei nº 9.637/98. Inclusive, o tema já foi questionado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI, 1923/DF (SOUSA, 2013).

O Ministro relator Carlos Ayres Britto, à época, em seu voto, deu parcial provimento à ADI, reconhecendo a inconstitucionalidade de qualquer acordo que vise promover a privatização dos serviços sociais, dentre eles especificamente as ações e serviços de saúde. Isso porque, argumenta ele, a participação da iniciativa

privada na prestação de serviços de saúde é legalmente autorizada desde que possua caráter meramente complementar. Sendo assim, para ele, a iniciativa privada jamais poderá afastar ou substituir a função do Estado na prestação e salienta que o artigo 20 da Lei nº 9.637/1998 é inconstitucional ao prever a possibilidade das organizações sociais absorverem atividades até então desenvolvidas diretamente pela Administração Pública. Outrossim, frisou a necessidade de devido processo administrativo, público e objetivo para a contratação de organização social, de acordo com os princípios do artigo 37 da Constituição. Ainda que seja desnecessária prévia licitação, a escolha da entidade deve ser motivada, e a execução das atividades submetidas ao controle social, bem como do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a fim de que sejam respeitados os interesses públicos (PIVETTA, 2014).

Entretanto tal não foi o posicionamento do Ministro Luiz Fux. Segundo, ele, que em seu voto se manifestou a favor da dispensa de licitação, os contratos de gestão, analisando a natureza jurídica dos mesmos, deveriam ser tomados como convênios, e não como contratos administrativos. Assevera, ademais, que a dispensa de licitação definida no artigo 24, inciso XXIV da Lei nº 8.666 busca estimular a atuação das organizações sociais, reconhecidas como colaboradoras do Poder Público em benefício da sociedade (SOUSA, 2014, p. 106).

No entendimento de Fux, na hipótese de contratação direta com dispensa de licitação, a escolha da entidade deve observar critérios objetivos e impessoais de forma a permitir o acesso de todos os interessados. Como a figura do contrato de gestão constitui forma de convênio por conjugar esforços buscando um objetivo comum aos interessados, se encontra fora do âmbito de incidência do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prevê a realização de licitação.

Em sessão plenária realizada no dia dezesseis de abril de 2015, por votação majoritária, a Corte julgou parcialmente procedente a ADI 1923 dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Dessa forma, para que sejam válidas as prestações de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público, a celebração de convênio com tais entidades deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a

Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O voto proferido pelo ministro Luiz Fux conduziu o julgamento. Foi ressaltado que a prestação de serviços de saúde pode ser simultaneamente realizada pelo poder público como pela iniciativa privada visto que trata-se de serviço não exclusivo do Estado. Sendo assim, o particular pode exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo poder público.

Porém, considerando que há dinheiro público envolvido em tais atividades, já que as entidades sociais são financiadas de alguma forma com recursos públicos, necessariamente deverá ser feita prestação de contas. Outrossim, na busca por um novo modelo de administração que possa se revelar mais eficiente do que o tradicional burocrático, faz-se mister um controle de resultados por parte do Tribunal de Contas e a fiscalização pelo Ministério Público.

Além disso, a atuação das entidades, conforme sentimento do Supremo Tribunal Federal não afronta a Constituição Federal e pode colaborar com flexibilidade e agilidade na prestação de serviço público, além de viabilizar políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado.

5 CONCLUSÃO

A Administração Pública brasileira precisa de reformas estruturais que permitam que o Estado consiga realizar na prática os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição de 1988. Esta atribuiu ao Estado o dever de garantir a saúde a todos os cidadãos, e como consequência do processo de “constitucionalização do Direito”, o agir estatal passou a ser vinculado aos princípios e regras da Carta Magna, isto é, todos os institutos do Direito Administrativo não mais podem ser aplicados isoladamente. A partir de então deverão ser interpretados e aplicados em consonância com os princípios constitucionais.

Entretanto, para que as garantias constitucionais relativas à saúde saiam do papel e passem a ser realidade, é necessário superar o modelo patrimonialista e aperfeiçoar o modelo burocrático, incorporando técnicas gerenciais a fim de formatar e executar políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais e a capacidade do Estado em atendê-las.

E nessa linha de raciocínio, o presente trabalho foi construído com o objetivo de propor alternativas viáveis para um aperfeiçoamento do modelo burocrático, por meio da incorporação de técnicas gerenciais no plano das políticas públicas e serviços públicos, a fim de que orientados para a concretização dos direitos fundamentais, aproxime as demandas sociais e a capacidade do Estado em concretizá-las.

Inicialmente, o trabalho analisou as características de cada um dos modelos administrativos já aplicados no Brasil, destacou o quanto os contextos políticos e econômicos influenciaram as atividades da Administração Pública, ressaltando as características e contribuições de cada modelo de gestão pública, além de ter demonstrado os fatores que causaram o enfraquecimento dos modelos patrimonialista e burocrático, e desencadearam as duas reformas administrativas do Estado Brasileiro.

Após 1995, a Administração Pública gerencial vem gradativamente adaptando o sistema burocrático às necessidades do Estado moderno. Isso porque a Administração Pública burocrática, visando afastar a corrupção e o nepotismo dos serviços públicos, preocupou-se tanto em estabelecer rigorosos processos e procedimentos formalistas, que se afastou de sua principal missão: atender os interesses públicos. Lenta, cara e ineficiente, a burocracia, muito embora tenha

deixado significativa contribuição acerca do sistema de mérito e profissionalização aplicada ao funcionalismo, tornou-se incompatível com as demandas crescentes do Estado democrático de Direito, especialmente porque as atribuições do Estado Social são bem mais complexas que a do Estado Liberal.

Sendo assim, ainda que a Constituição tenha estabelecido normas na contramão da reforma gerencial, visto que enrijeceu a Administração Pública direta, além de também ter aplicado regras semelhantes na Administração Pública indireta, antes dotada de maior autonomia e tida como uma alternativa de descentralização na busca pela eficiência, o Estado readequou seu quadro de funcionários, eliminando o excesso e reduzindo gastos, e descentralizou a prestação de serviços e demandas sociais até então prestadas diretamente pelo ente público a particulares. A gestão e o controle de resultados, todavia, permaneceu sob responsabilidade do gestor estatal. Eis que o Estado incorpora a figura de regulador.

Dessa forma, atuando como regulador, o Poder Público, ainda que tenha que assegurar acesso às necessidades básicas a todos os cidadãos, deixa de intervir diretamente na execução dos serviços públicos e delega-os à particulares, preocupando-se em controlar os resultados e em atender as demandas que não estão cobertas pela iniciativa privada ou as que ainda que cobertas não estão sendo capazes de atender os interesses da população.

Tal sistema de gestão, fortalece a governança, isto é, legitima o governo eleito e aumenta a capacidade de governar do Estado visto que a Administração Pública, voltada para o atendimento do cidadão, supera a rigidez e a ineficiência que limita sua capacidade de implementar políticas públicas e torna-se gradativamente mais flexível e eficiente, operando sob menores custos com o propósito de conquistar a confiança da população, mais participativa após o processo de redemocratização do Estado brasileiro.

A sociedade civil, interessada no monitoramento das políticas públicas e na destinação dos recursos públicos, advindos principalmente da tributação compulsória, reivindica mais espaços de participação social na defesa de seus interesses com vistas a influenciar a condução das políticas e assegurar que as ações do ente estatal estejam sempre alinhadas ao interesse público. Tal participação é de suma importância tendo em vista o atual contexto democrático do Brasil.

Nessa perspectiva, fica claro que não foi por acaso que a saúde foi escolhida como objeto de análise sobre a aplicabilidade do sistema gerencial. Após a criação

do Sistema Único de Saúde e a elaboração da NOB-96, ficou evidente que a saúde teve relevante influência de vários aspectos da reforma. O SUS tem dentre seus principais princípios a maior descentralização, regionalização, autonomia e controle da demanda. Pela NOB-96 buscou-se diminuir o grau de interferência do Estado nas atividades produtivas e na execução de ações e serviços públicos de saúde, a fim de aumentar a capacidade regulatória do mesmo. Ninguém melhor que o próprio Estado para saber quais as principais demandas da sociedade e quais as áreas que necessitam de melhorias em saúde. E sendo assim, cabe ao gestor público contratar a execução de serviços tendo em vista as necessidades e os interesses públicos, utilizando-se da figura do contrato de gestão, com entidades públicas não-estatais, às quais é concedida maior autonomia.

Para concluir, acredito que a maior missão da Administração Pública atualmente é afastar a má impressão de que a ineficiência é intrínseca ao Estado e a de que necessariamente todo serviço público é ruim. Para isso, precisa diminuir a máquina estatal, profissionalizar o funcionalismo público a fim de que os administradores públicos, motivados por um sistema de mérito similar ao aplicado na iniciativa privada, formem um grupo estratégico no controle dos resultados contratados via contrato de gestão com entidades públicas não-estatais, dotadas de maior autonomia, mais flexíveis, competitivas e eficientes. Conseqüentemente, tais atitudes fomentarão a competição administrativa pela prestação de serviços de maior qualidade. Junto a isso, é imprescindível em um Estado democrático a gestão participativa, onde os cidadãos atuem como protagonistas.

A sociedade é a maior interessada no bom andamento dos serviços públicos, e na condição de principal destinatário, pode melhor avaliá-lo, para junto com o Estado definir as prioridades a que o Governo deve ater-se na construção de um país mais próspero e justo. Racionalizando a utilização dos recursos públicos, utilizando um novo modelo de gestão pública que permite, sobretudo, maior eficiência, porquanto, “fazer mais com menos”, melhorando a qualidade da prestação dos serviços públicos em um sistema de competição administrativa entre entes públicos não-estatais, será possível atender aos interesses públicos, e de forma derradeira minimizar o processo da judicialização da saúde no Brasil, visto que a própria esfera administrativa estará mais preparada para solucionar as demandas da população.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Zenaide Neto. *SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. São Paulo: Martinari, 2011.

BELTRÃO, Hélio. *Reforma administrativa*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1968.

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

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 abr. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Plano estratégico TCU 2011-2015*, BRASÍLIA, 2011. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/planejamento2011/index.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CAÚLA, César. Judicialização da saúde - o que deve mudar em face da Lei nº 12.401/2011. In: NETTO, L. C. P.; BITENCOURT NETO, E. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95-128.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Serviços Públicos. In: _____. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99-119.

_____. Entidades Paraestatais e Terceiro Setor. In: _____. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 551-577.

GONÇALVES, D. M.; SOUZA, F. F. As limitações da Emenda Constitucional nº 19/98 na implementação do modelo gerencial de administração pública no Brasil. *Publica Direito*, [S.l.; 201-]. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc4288ab4c5cb6a3>. Acesso em: 10 nov. 2016.

JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: SPINK, P. K.; PEREIRA, L. C. B. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio

de Janeiro: FGV, 1998. p. 201-213.

KLEBA, Maria Elisabeth. *Descentralização do sistema de saúde no Brasil: limites e possibilidades de uma estratégia para o empoderamento*. Chapecó: Argos, 2005.

LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais: aspectos gerais. In: PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 51-68.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora34, 1998.

_____. Reforma gerencial e o Sistema Único de Saúde. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de. *Política de Gestão Pública Integrada*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. P. 174-183.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

RIBEIRO FILHO, J. F. et al. Gestão Baseada em Resultado e sua Implantação no Setor Público Brasileiro (GBRSP). In: MACHADO, N. et al. *GBRSP: Gestão baseada em resultado no serviço público: uma abordagem didática para implementação em prefeitura, câmaras municipais, autarquias, fundações e unidades organizacionais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-12.

RICHARDSON, Ruth. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: SPINK, P. K.; PEREIRA, L. C. B. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 215-235.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Paulo Firmeza. Do Estado Liberal ao Estado Regulador: aspectos político-jurídicos. *Egov*. [S.l.]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/node/43699/track>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SOUSA, Otávio Augusto Venturini de. A reforma gerencial e a sua implementação no sistema único de saúde brasileiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 1, p. 85-114, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73564>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre gestores públicos e privados de saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SPINK, P. K.; PEREIRA, L. C. B. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998.