

## **INTRODUÇÃO**

---

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o subseqüente Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos de 1966 (ratificado em 1992 pelo Brasil) foram o marco internacional para o surgimento da obrigação pró-ativa do Poder Público na sua aplicabilidade.

Paralelamente ao reconhecimento de direitos sociais, é também da metade do século XX em diante que se verifica um ressurgimento do conceito de sociedade civil e a valorização de sua politização como um elemento indispensável à democracia.

Esses são dois movimentos da história que podem parecer distintos. Mas não são. A conquista de direitos sociais e políticos, os possíveis papéis da sociedade civil numa democracia, a distinção do público e do privado e a formação da cultura cidadã podem ser contados em experiências muito particulares pelo mundo, mas essas nunca são experiências totalmente fragmentadas. Trata-se de temas correlatos da política que têm segmentos sempre imbricados.

Nesse tempo, parece não haver mais lugar para desconsiderar laços e resultados. E esse é um trabalho que assume o compromisso de dizer da lei e da política como são realmente: uma teia.

Nossa teia envolve a conquista do direito à saúde, seu pilar democrático, o papel da sociedade civil nesse processo, uma diretriz e um princípio constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS): a complementaridade e a participação da comunidade. Envolve a política como legitimadora da norma constitucional, mas traz também novos movimentos que são dispositivos de outros processos. O direito, que buscou respaldo na política democrática para formulação da lei, assume agora um papel de dirigente do cumprimento das normas constitucionais e pode ser um dos obstáculos a propostas ilegítimas. Mas até isso, nem é ousadia dizer, depende da política.

Situado o terreno por onde se pretende trilhar, é momento de adentrar mais especificamente nos objetivos do presente estudo, que se estrutura a partir da construção de três artigos.

No Brasil, o texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi fortemente influenciado por um movimento democrático de emergência da sociedade civil, então organizada na luta pela ampliação da participação política e pelo reconhecimento de direitos sociais. Em virtude disso, seguiu a linha de construção de um Estado de Bem-Estar Social e encampou os princípios do movimento da reforma sanitária, afirmando a saúde na categoria de direito

fundamental social (Art. 6.º, CF/88). A tais prescrições atrelou a execução de uma política pública pelo Estado, no alcance de sua efetividade, criando o SUS (BRASIL, 1988).

O SUS, por sua vez, é informado por princípios e diretrizes de doutrina e de organização, sendo os primeiros, aqueles que traduzem o núcleo valorativo e o fundamento da transformação do sistema de saúde brasileiro, e os segundos, aqueles que orientam a forma de sua organização e funcionamento. Os princípios de doutrina são a universalidade, a equidade e a integralidade, e as diretrizes de organização são a regionalização, a hierarquização, a resolubilidade, a descentralização, a participação da sociedade e a complementaridade do setor privado (BRASIL, 1990).

Todos os citados princípios e diretrizes refletem a tendência de um Estado voltado para o Bem-Estar Social, mas é especialmente nos da complementaridade e da participação da comunidade que o presente trabalho encontra seus objetos.

A diretriz da complementaridade está inserta no Art. 199, § 1.º, da CF/88, cujo conteúdo prevê que a participação de instituições privadas se dê, no SUS, apenas de forma complementar (BRASIL, 1988).

Neste estudo, denominar-se-á limite objetivo o *quantum* e a qualidade (se de gestão ou de execução, de que nível de complexidade, de atividade meio ou fim) dos serviços que possam ser prestados pelo privado sem violação à complementaridade. Por limite subjetivo entender-se-á a definição de quais pessoas jurídicas prestadoras de serviços ao SUS (autarquias, fundações, organizações sociais, órgãos da administração direta, entre outras) se caracterizam como *públicas* e quais se caracterizam como *privadas*, para fins da complementaridade.

Apesar dos mais de vinte anos do SUS, ainda não há pacificação ou unicidade de entendimentos acerca dos limites subjetivos e objetivos da complementaridade, embora tal definição tenha consequências bastante importantes, que podem levar, radicalmente, a uma orientação que permita a privatização maciça da saúde ou, em oposto, que inviabilize novas soluções.

Emerge aqui um primeiro questionamento, cuja resposta é objetivo do primeiro artigo: **Quais os limites subjetivos e objetivos impostos pela diretriz da complementaridade para a participação do setor privado no SUS?**

De se ver, porém, que as referidas fronteiras não podem ser descortinadas ao largo dos fundamentos históricos e jurídicos da sua inserção no texto constitucional, os primeiros fincados na redemocratização do País, e os segundos, no Regime Jurídico de Direito Público (RJDPU) e nos demais princípios do SUS.

Interpretar o conteúdo da regra da complementaridade demanda que escolhamos um caminho de hermenêutica compatível com o princípio da democracia. Pressupõe, portanto, que sejam resgatadas as razões políticas que subjazem à norma, aquilo que para o direito se chama de *ratio legis* e que nada mais é do que a legitimidade social da lei, seu sustentáculo político-democrático, fincado na participação popular na Assembleia Constituinte. Para tanto, é preciso buscar na história do SUS as suas raízes, contra o que se opõe e o que pretende construir com a nova ordem constitucional democrática.

Portanto, este estudo visa a, num primeiro momento, destrinchar o alcance objetivo e subjetivo da diretriz da complementaridade, para dizer até que ponto e por meio de que figuras a participação do privado no SUS é autorizada constitucionalmente. A isso se propõe o primeiro artigo.

Uma vez definidos os limites subjetivos e objetivos impostos pela diretriz da complementaridade à participação do privado no SUS, o segundo artigo segue contrastando o projeto político do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) à diretriz da complementaridade, para dizer de sua constitucionalidade em relação às prescrições quanto à forma de execução dos serviços públicos de saúde.

É que, embora a formulação normativa do SUS se tenha orientado pela linha do Estado de Bem-Estar Social, os governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso (FHC) sofreram influência do neoliberalismo, que apregoa a figura de um Estado Mínimo, não interventivo na economia e desonerado de tarefas sociais para além de políticas meramente compensatórias.

Tal cenário trouxe a influência do neoconservadorismo para o planejamento e execução das políticas públicas, inclusive de saúde, e, no que toca à questão da redução da intervenção estatal direta na execução de serviços públicos, mostrou sua efetividade no PDRAE, que teve lugar no governo de FHC e foi capitaneado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira (BRASIL, 1995).

O PDRAE contém uma série de propostas para a redefinição do aparelho estatal e, especificamente em relação ao modelo de execução de serviços públicos sociais, propõe que as atividades executoras sejam substituídas por atividades meramente reguladoras, ou seja, que as atividades não exclusivas do Estado (serviços sociais) sejam transferidas para o setor privado.

Tal objetivo está posto no Programa Nacional de Publicização (BRASIL, 1995), cujo escopo é transformar as entidades da Administração Direita e Indireta prestadoras de serviços públicos em Organizações Sociais (OSs), entidades de direito privado, sem fins lucrativos, autorizadas a celebrar contratos de gestão com o Poder Público, tendo direito a dotações orçamentárias.

Nessa linha, sobreveio a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que efetiva no campo legal o Programa Nacional de Publicização. O texto legal define as OSs como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (BRASIL, 1998a).

Em síntese, tais dispositivos legais traduzem a proposta política de redução do aparelho estatal e a transferência da execução dos serviços públicos não exclusivos para a sociedade civil, sinalizando a acolhida da corrente neoliberal.

Entretanto, considerando a convergência dos princípios e diretrizes do SUS – aí incluída a complementaridade – para a figura do Estado de Bem-Estar Social, e tendo em vista a contraposição que há entre a proposta do *Welfare State* e o discurso neoliberal da Reforma de Estado, desponta desse contexto o segundo questionamento que resultou neste ensaio: **O Programa de Publicização do Estado e a adoção do modelo de Organizações Sociais no SUS se conformam à diretriz da complementaridade prevista no Art. 199, § 1.º, da Constituição Federal de 1988?**

Responder a tal questionamento é o objetivo do segundo artigo. Somente a partir da definição sobre se e em que medida a complementaridade é obstáculo ao projeto neoliberal do PDRAE, é que este estudo passa a uma próxima etapa, a do terceiro artigo.

O terceiro artigo nasceu de uma inquietação gerada ante um possível impacto do modelo de privatização de serviços públicos de saúde na participação social no SUS.

Realizada a tarefa prévia de dizer dos limites da complementaridade, tem-se que essa mesma tarefa muito resgata a valorização da participação da comunidade no processo de construção do SUS. Daí surge outra pergunta: Se a democratização foi determinante para a diretriz da complementaridade, poderá ser afetada por ela?

É a outra face da mesma moeda. Se, num primeiro momento, o que se busca é o fundamento e a definição da complementaridade com base nos movimentos democráticos que lhe conferiram legitimidade, aqui, a problematização gira em torno da relação entre estes dois nortes de organização do SUS – a complementaridade e a participação da comunidade – no momento atual de institucionalização da política de saúde, especialmente em relação à proposta do PDRAE.

Na medida em que se transferem à sociedade civil tarefas antes de incumbência do Estado, há possíveis impactos e vinculações, que podem repercutir na forma de exercer cidadania de um povo. Significa discutir se a transferência de serviços do SUS ao terceiro setor repercute no papel que esse desempenha na construção da política pública de saúde; significa analisar a complementaridade do prisma de seus possíveis resultados democratizantes.

Eis a questão norteadora do terceiro artigo: **O que representa para a participação social na política pública de saúde o respeito aos limites da diretriz da complementaridade à transferência de serviços públicos de saúde para Organizações Sociais?**

## **CAPÍTULO 1**

### **OBJETIVOS**

---

Analisar os limites subjetivos e objetivos da diretriz da complementaridade para a participação do setor privado no SUS.

Analisar se o Programa de Publicização do Estado e a adoção do modelo de Organizações Sociais no SUS se conformam à diretriz da complementaridade prevista no Art. 199, § 1.º, da Constituição Federal de 1988.

Analisar o que representa para a participação social na política pública de saúde o respeito aos limites da diretriz da complementaridade na transferência de serviços públicos de saúde para Organizações Sociais.

## **CAPÍTULO 2**

### **QUADRO TEÓRICO**

---

## 2.1 ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE CIVIL

Para repensar a democracia moderna, Habermas (2007) trouxe significativos instrumentos teóricos que circunscrevem a polêmica sobre a trilogia Estado, Mercado e Sociedade Civil, nos três modelos normativos de democracia: o liberal, o republicano e o da política deliberativa.

### 2.1.1 O modelo liberal de democracia

O modelo liberal entende que a natureza do processo político é de uma luta por posições que permitam dispor do poder do Estado. A soberania é do povo, mas tem seu exercício restrito ao sistema representativo formal, que é legitimado pelas eleições.

Como nasceu em oposição aos privilégios da Idade Antiga, um dos vértices do Estado Liberal é a separação dos poderes. A atuação dos governantes deve ser limitada pela lei, geral, abstrata e racionalmente elaborada pelo Poder Legislativo, representante formal do povo, que é soberano.

O cidadão é um indivíduo portador de direitos subjetivos negativos (contra a invasão do Estado) e políticos (para garantir validação e transformar seus interesses particulares em influência na administração estatal). A legitimação do Estado advém da garantia desses direitos, e ao ordenamento jurídico cabe a sua definição, a qual está atrelada a uma idéia de racionalismo transcendental.

Bercovici (2008) pontua que, para os liberais, a soberania é abstrata e anistórica. A noção do constitucionalismo liberal limita-se exclusivamente à esfera jurídica, como se fosse possível uma visão neutra da Constituição, totalmente alheia à realidade social. Há uma “[...] hostilidade da teoria da constituição em relação à política” (BERCOVICI, 2008, p. 18).

A premissa do liberalismo – relembra Paula (2005) – é a do *laissez-faire*, da não intervenção do Estado, ao qual caberia apenas a manutenção da segurança e o cumprimento dos contratos,

deixando à mão invisível do mercado a tarefa de orientar o desenvolvimento, a alocação dos recursos e a solução dos problemas sociais.

### **2.1.2 O modelo republicano de democracia**

Segundo Habermas (2007), o modelo republicano é centrado no cidadão como portador de direitos positivos de comunicação para a formação da vontade política, numa comunidade entre livres e iguais. Nessa comunicação, deve haver a transcendência dos interesses individuais, para o alcance de uma solução que atenda aos interesses comunitários.

A base da legitimação do direito para os republicanos está na garantia do processo de inclusão da comunidade na política. O paradigma é a interlocução. A soberania é indelegável e o povo se autogoverna. Não há uma separação rígida entre Estado e Sociedade Civil.

Como contraponto ao liberalismo, o republicanismo exprime a proposta de um Estado Constitucional que reflete a identidade ético-cultural de uma sociedade, formulada a partir de uma intensa participação política da comunidade na formação da vontade geral, que não se pauta numa mera disputa de interesses, mas na definição do bem coletivo.

### **2.1.3 A política deliberativa e a teoria do discurso de Habermas**

Habermas (2007) apresenta uma crítica aos modelos liberal e republicano. Ao liberal, porque parte de uma proposta apolítica e utilitarista que não compreende a autodeterminação deliberativa do cidadão. Ao republicano, porque, embora baseado num princípio de radicalidade democrática, desconsidera que há conflitos sem possibilidade de solução pela mera discussão racional e solidária.

Acolheu Habermas (2007) um terceiro modelo de democracia, que coligisse elementos liberais e republicanos: a teoria do discurso.

No modelo *habermasiano*, a formação da vontade política vai ocorrer pela via comunicativa, utilizando-se de procedimentos democráticos para congregar negociações e debates. É o poder formado pela comunicação que vai ser administrativamente aplicável. A teoria do discurso extrai do modelo republicano que a formação da opinião pública deve ser consubstanciadora da vontade política do cidadão. Mas não prescinde da constituição jurídico-estatal típica do modelo liberal, porque pressupõe que a garantia dos direitos fundamentais e a subsunção do Estado à lei são mecanismos necessários para institucionalizar o procedimento democrático.

Habermas (2007) ainda teoriza a ideia de um *universal* a ser garantido pelo Estado, extraído do discurso racional, mas já não se satisfaz com o clássico sistema representativo formal para entender o exercício da democracia e a legitimidade da lei. Para viabilizar a formação da vontade política e a legitimação do direito, apresenta um conceito de “esfera pública”, definida como uma espécie de caixa de ressonância, espaço de reunião de ideias, demandas e reclamos da diversidade própria da sociedade civil, que vai consolidar-se como lugar de influência na política (HABERMAS, 2003).

Para Habermas (2007), há distinção entre o Estado, o Mercado e a Sociedade Civil. O sistema econômico opera na lógica do dinheiro; o estatal, na do poder. Paralelamente, existe o mundo da vida privada, formado pelas práticas cotidianas, pela cultura e pelos hábitos que podem ser institucionalizados em entidades especializadas da sociedade civil (escolas, religiões, associações, movimentos, entre outras). O mundo da vida privada funciona sob a lógica da influência, da ação comunicativa.

A esfera pública e o complexo parlamentar devem ser o lado *input*, a partir do qual o poder social fundamenta o processo legislativo e a ação estatal. Mas há, ainda, o lado *output*, consistente na “[...] resistência dos sistemas formais das grandes organizações que fazem valer seu poder no processo de implementação” da política pública (HABERMAS, 2003, p. 58).

Numa democracia, é a opinião pública a verdadeira fonte legitimadora do direito. Portanto, a legitimidade da vontade política depende da capacidade da esfera pública em perceber problemas, tematizá-los e inseri-los no sistema político.

Em sentido convergente, Bercovici (2008) defende que uma Constituição somente será autêntica e normativa quando legitimada democraticamente, não apenas em sua dimensão procedimental da técnica jurídica para elaboração das normas, mas também na sua dimensão

material, que está atrelada à força política da soberania popular. “A democracia é a forma consciente de formação da unidade política de baixo para cima, quando o povo, como pluralidade, se constitui a si mesmo, e conscientemente, em povo como unidade” (BERCOVICI, 2008, p. 23).

A despeito de críticas e discussões que sobrevieram às lições de Habermas (LOSEKANN, 2009), o presente debate as utiliza como eixo teórico para a análise dos papéis do Estado, do Mercado e da Sociedade Civil na política de saúde brasileira, conforme os modelos de democracia propostos, a uma, pela CF/88 e, a duas, pela proposta neoliberal de privatização de serviços públicos espelhada no PDRAE.

Para tanto, parte da interface entre a diretriz da complementaridade e o princípio da participação da comunidade no SUS e segue embasando uma discussão sobre as possíveis consequências do deslocamento do papel da sociedade civil do seu lugar de legitimadora da política estatal para o de substituta do Estado na prestação de serviços de saúde, como pretendido por um novo modelo de democracia, que é o do projeto neoliberal.

#### **2.1.4 O projeto neoliberal e o lugar da sociedade civil**

Se os clássicos modelos de democracia impactam os posicionamentos do Estado, do Mercado e da Sociedade Civil na construção da cidadania, novas propostas certamente mesclam e trazem nuances originais da ocupação de tais lugares. Aqui, a vertente a ser discutida é a do pensamento neoliberal, emergente no Brasil nos anos 1990.

Paula (2005) sintetizou com clareza as origens e o desenvolvimento do neoliberalismo. Relembrou que o pensamento liberal clássico, seu antecessor, perdeu sua hegemonia na quebra da bolsa de 1929, quando acabou por se perceber a impotência das leis de mercado para a regulação da economia. A partir daí, seguiu-se um período marcado pela influência do pensamento de John Maynard Keynes, com ampliação significativa da intervenção estatal na economia, no aumento de gastos sociais e no estímulo ao bem-estar social.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma mudança no capitalismo mundial. Os Estados Unidos da América assumiram a hegemonia do mundo capitalista em oposição ao

mundo socialista liderado pela União Soviética. A nova configuração capitalista trouxe a transnacionalização da economia produtiva, financeira e comercial, sendo por certo contraharmônica ao modelo de intervenção estatal (SALLUM JR., 1996; SILVA, 1996).

O pensamento neoliberal surgiu como resgate de parte das ideias liberais na crítica ao intervencionismo do Estado na política e na economia. Teve seus expoentes em Ludwig Von Mises, Friedrich Hayek e Milton Friedman e desenvolveu-se a partir dos anos 1930, principalmente na Europa e nos Estados Unidos. Baseados nos exemplos de países fortemente intervencionistas que não estavam plenamente conciliados com o regime democrático (Leste-Europeu e América Latina), os neoliberais viam a primazia do Estado na direção da economia como uma forma totalitarista, limitadora da liberdade e, portanto, do regime democrático (KEANE, 2001).

Aliou-se isso à crise do aparelho burocrático do Estado e na prestação dos serviços públicos. Na medida em que os Estados do Bem-Estar Social se aproximaram da prestação de serviços para a satisfação de direitos humanos, houve um crescimento também excessivo de suas estruturas. De um lado, elevaram-se descontroladamente os gastos públicos. De outro, nem sempre a lógica da burocracia foi capaz de responder às necessidades do cidadão. Disso resultou a inoperância do Estado em atender as demandas da população, agravada por um desajuste econômico.

Nesse contexto, os pensadores neoclássicos defendem que os indivíduos e suas famílias devem ser livres para atuar na defesa de seus interesses e que os programas sociais do governo são injustos, na medida em que interferem nessas escolhas individuais. Assim, ao Estado caberia apenas intervir minimamente na economia, desonerando-se da prestação de serviços sociais (PAULA, 2005; SILVA, 1996).

As propostas de Estado dos neoliberais encontraram eco na teoria da escolha pública, que surgiu na década de 1980 e sugeria a aplicação dos princípios econômicos para a solução das questões políticas. Tal proposta convergia com o neoliberalismo no postulado da aplicação do utilitarismo também nas relações sociais e políticas (PAULA, 2005).

A teoria da escolha pública parte de uma concepção crítica ao aparelho burocrático estatal, que seria ineficiente, já que não orientado pela lógica do lucro, o que, aliado à tendência do pensamento neoliberal de exoneração do Estado da prestação de serviços sociais e de corte

dos gastos públicos, resulta numa composição teórica que propõe a privatização de serviços públicos (PAULA, 2005).

Propõe, ainda, a escolha pública, que a atenção estatal deve estar focalizada nos segmentos mais carentes da população, abrindo-se um espaço para a atuação do próprio mercado na solução dos problemas sociais gerais ou, na hipótese de setores pouco atraentes, para a própria sociedade civil, por meio de entidades filantrópicas. Prega que o empreendedorismo comunitário, marcado pela ênfase ao individualismo e pelo resgate de valores morais, resultaria na melhor forma de promover o bem-estar social (PAULA, 2005).

Os neoclássicos, portanto, apresentam um modelo de democracia em que o Estado é mínimo e não interventivo, o mercado é o regulador principal das relações e resta à sociedade civil uma responsabilidade pelo provimento de serviços públicos, numa lógica de enaltecimento a valores morais tradicionais de solidariedade, que, contudo, não transpõem a visão utilitarista herdada do liberalismo. Toda essa construção teórica ajusta-se bem aos rumos do capitalismo, fulcrado na internacionalização dos mercados produtivos e na quebra das barreiras de regulação. Também encontra guarida nos processos de globalização.

Na América Latina, aí incluído o caso brasileiro, a globalização apresentou duas tendências, as quais, no entender de Lechner (1996), acabaram por influir nas agendas públicas daqueles países: os capitais financeiros tornaram-se independentes da regulação estatal e passaram a circular livres conforme sua melhor conveniência, mas os Estados dependeram cada vez mais dos mercados financeiros privados.

Embora seja um forte recurso teórico do projeto neoliberal o argumento da sua imprescindibilidade à democracia, são contradições comumente apontadas pelos cientistas políticos (LECHNER, 1996): a uma, que o pacote neoliberal tem demandado frequentemente uma forte intervenção estatal para sua aplicação, e a duas, que a liberalização econômica não desemboca necessariamente numa ordem democrática, tampouco na solução de desigualdades sociais.

## 2.2 A SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA E O ESTADO ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O papel da sociedade civil como lugar de influência do poder estatal, embora naturalmente criticado e aprimorado em várias de suas facetas, põe-se em destaque na produção acadêmica da política social, para redizer a sociedade civil como o espaço do debate e da pluralidade, em que se discute a política e se formulam pretensões com potencial de transformação da realidade (KEANE, 2001; SOUZA, 2007; YOUNG, 2000).

O grande problema está em que, inobstante teoricamente a esfera pública seja acessível a todos e possibilite um equilíbrio entre os agentes individuais e os coletivos, o grau de inclusão e de potencialidade dos discursos dos diversos grupos sociais e econômicos é diverso na realidade fática, no tempo e no espaço.

Pinto (2006) pontua que, no Brasil, assim como nos demais países da América Latina, é consenso entre os estudiosos a fragilidade da sociedade civil ao longo do século XX. Isso se deu devido às seguintes razões: 1) as significativas parcelas populacionais abaixo da linha da pobreza, e 2) a centralidade de um Estado desenvolvimentista nas décadas de 1950 e 1960, que tomou para si primeiro a tarefa do desenvolvimento econômico (e concessão de direitos sociais), depois, a da própria redemocratização.

O Brasil viveu, até a década de 1980, um quadro político em que a classe proprietária absorveu os frutos da produção de bens e da modernização econômica, excluindo do proveito a maioria da população. Tal padrão teve início no modelo de exploração colonial (CARVALHO, 2006; SALLUM JR., 1996).

A partir dos anos 1930, o Estado Brasileiro passou a ter uma característica desenvolvimentista. Mas o caráter industrializante adotado não rompeu com o padrão de exploração colonial, porque foi embasado na conciliação das elites brasileiras para garantir o controle do poder político. Tal acordo projetou-se no Estado, que tinha suas instituições utilizadas à manutenção de privilégios dos condôminos daquilo que Sallum Jr. (1996, p. 44) denominou “o pacto desenvolvimentista”.

Esta tendência à exclusão socioeconômica foi, em parte, resultado de modalidades diversas, mas sempre muito limitadas de incorporação das massas populares,

modalidades que oscilaram entre a completa exclusão política e a incorporação dependente e subalterna (SALLUM JR., 1996, p. 47).

O desenvolvimentismo pautava-se numa promessa falaciosa de prosperidade econômica que resultaria na melhoria de condições de toda a população. Mas, embora tenha havido a incorporação de alguns direitos sociais nesse período, a assunção de tais tarefas, assim como a previsão de direitos políticos, foi limitada e deu-se mais como uma concessão dos governantes do que como resultado de uma organização política da sociedade civil brasileira (CARVALHO, 2006).

O interessante é que foram precisamente as mazelas do regime ditatorial militar, talvez por geradoras de tão graves consequências políticas e econômicas, o elemento crucial para a ascensão de uma nova sociedade civil brasileira, mais organizada e politizada, apta a quebrar um padrão de dominação até então vigente.

É claro que a organização da sociedade civil não foi um fator isolado para a democratização brasileira. A queda do regime militar estava imbricada à crise do próprio Estado Desenvolvimentista, a qual, por sua vez, sofreu os impactos da crise econômica mundial e da pressão para a internacionalização da economia.

Como explica Sallum Jr. (1996), a estratégia de crescimento econômico do pacto desenvolvimentista baseou-se no endividamento do capital externo. Disso resultou uma grave crise econômica na década de 1980, quando a elevação dos preços do petróleo, da taxa internacional de juros e a valorização do dólar impuseram um aumento astronômico da dívida externa brasileira e a consequente inacessibilidade do Brasil ao crédito internacional.

Para além das consequências econômicas, sobrevieram resultados políticos (SALLUM JR., 1996).

O excessivo endividamento brasileiro havia sido a estratégia utilizada pelo Governo para manter o ritmo de crescimento do País e, concomitantemente, garantir a manutenção dos ganhos dos participantes do pacto desenvolvimentista: as elites proprietárias e políticas.

No início da década de 1980, o governo militar optou por enfrentar a crise preservando as linhas de financiamento externo, investindo nas relações do Brasil com o Fundo Monetário Internacional (FMI). Para tanto, houve a indução a uma recessão cada vez maior, para produção de saldos que garantissem a negociação da dívida, o que resultou em redução de

gastos públicos e tarifas das estatais, elevação drástica de juros, minimização do investimento privado, redução de salários e desemprego.

A opção por essa forma de ajuste econômico não apenas aumentou a desigualdade social como também onerou segmentos relevantes do pacto desenvolvimentista. O setor público começava a mostrar resistência e insatisfação e postulava maior autonomia, pela sindicalização e pelo direito de greve. Por sua vez, o setor privado também sentiu o impacto da recessão, que lhe impôs uma redução significativa nas taxas de crescimento.

Foi nesse panorama que se determinou a quebra da hegemonia do pacto desenvolvimentista e se abriram as brechas que faltavam para que as tensões sociais e econômicas internas dessem lugar à emergência de uma sociedade civil brasileira mais organizada, em oposição ao regime ditatorial.

Surgiram centenas de associações e novas formas de organizações de segmentos sociais. A sociedade civil apresentava um novo padrão de organização e o seu dinamismo reforçava-se na unidade contra o regime militar e contra a contínua desigualdade social que as promessas do desenvolvimentismo não conseguiram resolver. O período que precedeu a abertura política foi marcado pelo florescer de diversos movimentos sociais, os quais, entrelaçados pela luta em comum a favor da democracia, defendiam uma série de bandeiras e foram capazes de deslocar questões antes restritas a discussões de grupos para a agenda política (CARVALHO, 2006; SALLUM JR., 1996).

No setor saúde, a 8.<sup>a</sup> Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, foi um marco fundador do processo que culminou na reforma sanitária, capitaneada por um movimento social de composição eclética (acadêmicos, profissionais de saúde, sindicatos, entre outros) que protagonizou, em parceria com representantes governamentais, a reorganização de um sistema de saúde (BAPTISTA, 2007; CÔRTEZ, 2009; SANTOS, 2008). A reforma sanitária representou, talvez não de forma inaugural, mas um tanto rara (CARVALHO, 2006), um momento político de construção de proposições a partir de uma atuação crítica e positiva da sociedade civil perante o Estado (LUZ, 2007; SANTOS, 2008).

Ademais, rompido o pacto desenvolvimentista, ganhou nova conformação a relação entre os centros de poder político, o Executivo Federal, o Legislativo, os Estados e Municípios e a própria massa populacional. Os entes federados e o Legislativo afirmaram sua autonomia em

relação à União, e o Congresso passou a captar as pressões populares e sensibilizar-se com elas (SALLUM JR., 1996).

A Nova República surgiu da crise do estado desenvolvimentista, num momento em que o poder central se encontrava bastante enfraquecido do ponto de vista político. Acabou tornando-se permeável a uma insinuação cada vez mais representativa da sociedade civil na tomada de decisão estatal.

[...] a Nova República acabou por se mostrar um arranjo político inovador, que permitiu a expansão de impulsos que inicialmente bloqueara. Ela tornou mais provável [...] que aquelas tendências acabem por encontrar forças sociais que as encarnem e que venham a desmentir o núcleo da interpretação que as esquerdas fazem do Brasil, de que ele é apenas mais um exemplo da dissociação estrutural que haveria entre capitalismo periférico e dependente e democracia (SALLUM JR., 1996, p. 115).

Assim, fato é que, desde 1983/1984, a legislação começou a ser modificada em seu caráter autoritário, até culminar com o texto da Constituição Cidadã de 1988, com a acolhida de valores que refletiam não apenas um acordo de elites dominantes, mas também as reivindicações de uma sociedade civil brasileira organizada, inclusive na conformação de uma nova política de saúde.

### 2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM MARCO PARA A POLÍTICA DE SAÚDE

Do ponto de vista da democratização brasileira, a CF/88 é um divisor de águas. Contém a previsão das eleições diretas, da livre associação, manifestação e sindicalização, garantias fundamentais e alguns relevantes mecanismos de exercício de democracia direta, como o júri popular, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular para proposição de leis, a instituição de conselhos de políticas públicas.

Mas o texto da CF/88 guarda um diferencial também em relação à outra faceta da política pública: a consolidação da previsão e ampliação dos direitos sociais. A seguridade social ganhou nova conformação, com conquistas na área trabalhista, previdenciária e social, como a universalização da saúde e da educação.

A despeito das pressões das elites e do mercado internacional pela adoção da cartilha neoliberal (SALLUM JR., 1996), a nova face do Estado Brasileiro em relação a suas tarefas sociais foi influenciada pela proposta do Estado de Bem-Estar Social (BOSCHETTI, 2003; MEDAUAR, 2011; MELLO, 2011), o que implicou, inexoravelmente, o aumento da máquina estatal e da instituição da burocracia para desincumbir-se de tarefas de tão grande monta.

A herança do estado desenvolvimentista – e intervencionista – estava muito arraigada na cultura política brasileira, e novos atores sociais, ora organizados na sociedade civil, tinham interesses a serem conciliados. Por isso, não houve, naquele momento, condições políticas para a emergência hegemônica do neoconservadorismo. Para citar Lechner (1996, p. 2), “[...] dado o alto custo social, é muito mais difícil realizar uma reestruturação econômica da radicalidade exigida sob condições democráticas”.

O resultado desse concurso de influências acabou sendo o de um texto constitucional democrático, voltado para a produção da justiça social: uma constituição dirigente e com um forte comando social e publicista.

Na setorial saúde foi um marco. A política passou de focalizada a universal, de curativa a integral, de dual a única, de terceirizada a pública. Restou instituído o SUS, que atrelava ao Estado o dever de prover a saúde como um serviço público, cabendo à iniciativa privada a possibilidade de participação apenas complementar. Além disso, a inserção da sociedade civil na gestão e controle dessa política fincou seus alicerces no princípio constitucional da participação da comunidade.

Mais tarde, será preciso compreender como esse novo conteúdo normativo do texto constitucional vai ajustar-se à realidade, diante da pressão hegemônica internacional de reforma do Estado e da realidade de construção da cidadania brasileira. Por ora, passa este estudo a melhor discorrer sobre um princípio e uma diretriz da política de saúde dessa nova ordem constitucional: a participação da comunidade e a complementaridade.

### **2.3.1 O princípio da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde**

Habermas (2003) desenvolveu com maestria o argumento da necessidade de um modelo de democracia no qual a sociedade civil tivesse poder de influência na tomada de decisão estatal.

Young (2000) também faz uma crítica à concepção minimalista de democracia: estado de direito, garantia de liberdades civis e políticas, eleições livres e justas para os legisladores não são suficientes para a democracia real. Ao revés de Habermas, que baseia a discussão política democrática em argumentos racionais, Young explica o processo democrático como uma tentativa de conciliação de interesses de diversos grupos sociais, na busca da justiça, sendo para tanto imprescindível um alto grau de inclusão.

Este estudo concorda que as práticas democráticas demandam um sentido de legitimidade, o que pressupõe a *inclusão* na tomada de decisão. Assim, sem menosprezo às estruturas sociais formais de representação, os mecanismos de democracia direta são, indubitavelmente, caminhos decisivos para uma participação social efetiva.

O desenho institucional do SUS comporta uma série de previsões para a inserção da sociedade civil como protagonista da política pública de saúde no Brasil. Dentre seus princípios, está o da participação da comunidade (Art. 198, inciso III, da CF/88), que representa a garantia de participação da população na formulação e no controle da política pública de saúde. O Relatório Final da 8.<sup>a</sup> Conferência Nacional de Saúde compreendeu a participação popular no SUS como o “[...] controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população” (BRASIL, 1986, p. 4).

A representação da sociedade civil no SUS dá-se através das instâncias deliberativas dos Conselhos e das Conferências de Saúde, ambos com representação de vários segmentos sociais, destinados à tarefa de proposição de diretrizes e estratégias para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Aos Conselhos cabe, ainda, fiscalizar a gestão financeira dos recursos orçamentários do SUS (ESPÍRITO SANTO, 2002).

Carvalho (2007, p. 46) denomina a atuação dos Conselhos e Conferências como atos de *proposição* e *controle*, ou seja, consistentes em “[...] participar com idéias [...] buscar saídas individuais e coletivas [...] e fazer o controle de tudo o que foi realizado, incluindo-se a questão econômica”. No dizer de Bussinguer (2008, p. 132), o controle social deve “[...] criar um sentimento de pertencimento e co-responsabilização por aquilo que foi decidido”.

Souza (2007) qualifica como essencial ao processo democrático a existência desses espaços sociais, que se constituem como solo fértil à produção de estratégias empíricas de transformação e à inclusão de atores coletivos antes afastados da representação nos canais formais, como as associações de apoio a portadores de patologias. No mesmo sentido, Pinto

(2006) observa que os conselhos criados pela CF/88 se tornaram lugar de uma atuação politizada das Organizações Não Governamentais (ONGs).

Há um nítido desejo de fazer dos cidadãos não meros eleitores, mas sujeitos democráticos, aptos a protagonizar a coisa pública e a tornar explícitas as pautas de negociação. Santos (2007) pontua que a visibilidade pública dos rumos do SUS é inquestionavelmente necessária à política de saúde.

Difícil precisar com exatidão o lastro teórico da formulação política dos Conselhos e das Conferências de Saúde no SUS. Não é tão difícil, contudo, subsumir que a participação da comunidade no SUS é distante do modelo liberal de democracia, porque a proposta da participação social é distante da visão do indivíduo como um ser apolítico e utilitarista e vai muito além dos limites do sistema representativo formal.

Poder-se-ia até supor que a autogestão sugerida pelo princípio de participação da comunidade em alguma medida se aproxima do republicanismo. Mas, na previsão brasileira, não há propriamente um sistema de autogoverno da saúde. Pelo contrário, o papel do Estado e dos representantes eleitos, tanto no Executivo como no Legislativo, é proeminente. Aqui, não há oposição entre representação e participação.

Ademais, a configuração de *quorum* dos Conselhos e das Conferências de Saúde não parece sugerir que a sua formulação tenha pressuposto a visão ingênua de um comportamento humano totalmente destituído da influência dos interesses individuais e de grupo, voltado apenas ao agir comunitário. Mais parece que o texto constitucional pretendeu mesmo alargar o poder de influência da sociedade civil na política de saúde, considerando exatamente a suscetibilidade da política pública brasileira a influências mais poderosas.

Os instrumentos do princípio da participação da comunidade, em concepção, aproximam-se dos modelos de política deliberativa e da democracia participativa, na medida em que sua finalidade é ampliar a discussão popular e o potencial de influência da opinião formada nesses fóruns ao poder estatal.

O princípio da participação da comunidade também se coaduna com a visão de Young (2000) de uma democracia inclusiva na tomada de decisão e na influência de resultados justos, numa lógica que tenta minimizar o problema do acesso do discurso político.

Os Conselhos não resolvem em definitivo o problema da inclusão, pois ainda obedecem a um formalismo bastante rigoroso na ordenação das manifestações. Mas a diversidade da composição abre espaço para a relativização dos estilos e tecnicismos na discussão que deve ocorrer naqueles fóruns.

Além disso, embora existam interpretações que excluem Conselhos e Conferências do conceito de *esfera pública*, pois se constituem em espaços vinculados ao Estado (LOSEKANN, 2009), é inegável que permitem a escuta de vozes antes silenciadas, na defesa de seus interesses, ainda que estes sejam e devam ser organizados como segmentários, como o são, muitas vezes, os dos usuários do SUS. São lugares do encontro do conflito, para sua discussão e composição, e utilizam a diferenciação da comunicação e dos interesses a serem defendidos por grupos como recurso para a construção democrática.

Mas, ainda assim, considerando a história brasileira e as poucas demonstrações de potencialidade política organizada, são pertinentes as perguntas de Pinto (2006, p. 3):

Em um país em condições como o Brasil, qual é o espaço da sociedade civil na relação com o Estado? E qual a sua força no sentido de engendrar ações para aumentar seu próprio tamanho, diminuir a exclusão ou defender interesses dos excluídos?

A sociedade civil logrou sucessos pontuais nas decisões dos espaços políticos de Conselhos e Conferências, mas tal quadro ainda convive com limitações desses espaços na potencialidade de definição da agenda estatal (BAPTISTA; MACHADO, 2007; CÔRTEZ, 2009), na prevalência dos interesses de grupos poderosos (SOUZA, 2007) e até na desconsideração das deliberações desses órgãos colegiados pelos gestores.

É que a efetivação da democracia guarda vinculações para além da teorização das previsões normativas de democracia participativa. Tem a ver, entre outros aspectos, com a constituição histórica da cidadania, com os direitos sociais como constituintes de autonomia política (SPOSATI; LOBO, 1992) e com a dicotomia do público e do privado, que, no SUS, se define pela diretriz da complementaridade. E é sobre os dois últimos pontos que segue o presente ensaio a discorrer.

### **2.3.2 A diretriz da complementaridade no Sistema Único de Saúde**

A diretriz da complementaridade está posta no Art. 199, § 1.º, da CF/88, cujo conteúdo prevê que a participação do setor privado se dê de forma apenas complementar no SUS (BRASIL, 1988). A interpretação de seus limites subjetivos e objetivos e de sua interface com o princípio da participação da comunidade é objeto deste estudo.

Para tanto, contudo, são necessárias algumas considerações preliminares acerca da assunção da saúde como um serviço público e as possíveis alternativas de sua prestação pelo Poder Público.

#### **2.3.2.1 A saúde como serviço público, seus elementos e suas classificações**

Os serviços que visam a atender direitos sociais não são considerados como públicos apenas por sua natureza. A assunção estatal de tais atividades depende da força dos reclames sociais na tomada de decisão política, e a sua efetivação está intimamente ligada ao exercício de direitos políticos (SPOSATI; LOBO, 1992).

A saúde foi constitucionalmente qualificada como um serviço público, na medida em que o Art. 196 da CF/88 impôs ao Estado o dever de proporcionar acesso universal a ações de serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde de todas as pessoas (BRASIL, 1988).

Originalmente, a configuração de um serviço como público combinava necessariamente os elementos material (interesse coletivo), subjetivo (prestado pelo Estado) e formal (procedimento público). Contudo, as conceituações atuais, de regra, não abarcam todos os elementos originais (DI PIETRO, 2011). Carvalho Filho (2011), Medauar (2011) e Meirelles (2011) relativizam a presença do elemento subjetivo, porque admitem a delegação ao particular. Mello (2011) considera como necessária a presença dos elementos material e formal.

Apesar de divergências nos conceitos, os referidos autores estão concordes quanto a serem os serviços públicos prestações materiais à coletividade, assim definidas por meio de uma escolha política encartada na lei, admitindo-se, em geral, a possibilidade de delegação ao particular.

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2011, p. 103).

A saúde é serviço público, assim definido pelos Arts. 196, 197 e 198, *caput*, da CF/88, universal e gratuito, que, embora preencha integralmente o elemento material, não se subsume na totalidade aos elementos subjetivo e formal, justamente em face da regra da complementaridade.

Quanto à classificação dos serviços de saúde, importam as distinções entre serviços públicos sociais e econômicos, exclusivos e não exclusivos, próprios e impróprios e delegáveis e indelegáveis.

Serviços públicos sociais são os materialmente públicos, porque visam a atender a necessidades diretas da coletividade. Não objetivam o lucro, e o seu financiamento, de regra, decorre da arrecadação tributária. Econômicos são aqueles que, embora constituam atividades tipicamente privadas, apenas por exceção, nas hipóteses de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança constitucional, passam a ser realizados pelo Estado. Não obedecem ao critério material e vinculam-se ao procedimento privado, podendo seus prestadores objetivar o lucro (CARVALHO FILHO, 2011).

Serviços públicos exclusivos são os monopolizados pelo Estado. Não exclusivos são aqueles que podem também ser paralelamente prestados por particulares (DI PIETRO, 2011).

Serviços públicos próprios “[...] são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente ou indiretamente” (DI PIETRO, 2011, p. 110). Já os impróprios são aqueles que, “[...] por serem atividades privadas, são exercidos por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas” (DI PIETRO, 2011, p. 110). Os serviços impróprios não são serviços públicos propriamente ditos, visto que, embora se destinem a satisfazer interesses da coletividade, não são executados pelo Estado, mas por

particulares, mesmo que esses particulares o exerçam pela solidariedade social (CARVALHO FILHO, 2011).

Serviços públicos delegáveis são aqueles que comportam delegação estatal ao particular colaborador. Indelegáveis são os serviços que devem ser prestados apenas pelo Estado (CARVALHO FILHO, 2011).

São serviços públicos de saúde apenas os serviços próprios de saúde, ou seja, aqueles prestados pelo SUS: sociais, universais e gratuitos. São exclusivos os serviços de saúde que implicam extroversão do poder estatal (como a vigilância sanitária e os atos de gestão), não o sendo os demais. São, ainda, os serviços do SUS, genericamente delegáveis, porque admitem a participação do particular colaborador, mas essa delegabilidade é relativa, porque deve obedecer aos limites impostos pela diretriz da complementaridade. E é sobre a forma eleita para execução de serviços que versa o próximo item deste ensaio.

#### 2.3.2.2 As formas de prestação dos serviços de saúde pelo Estado

De maneira geral, o direito administrativo reconhece que a Administração Pública pode prestar serviços públicos de forma direta ou indireta. A prestação direta dá-se pelos órgãos e agentes integrantes de suas pessoas jurídicas de direito público interno: União, Estado, Municípios e Distrito Federal. Esse conjunto constitui a Administração Pública Direta. A indireta, comumente denominada descentralização administrativa, ocorre quando se transfere a atividade a outras pessoas jurídicas de direito público ou privado. E isso pode ocorrer através da Administração Pública Indireta ou da delegação ao particular (CARVALHO FILHO, 2011; DI PIETRO, 2011; MEIRELLES, 2011; MELLO, 2011).

O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabeleceu, em seu Art. 4.º, inciso II, o conjunto de entidades que compõem a Administração Pública Indireta: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Previu, ainda, a colaboração do particular como modalidade de descentralização, pelo que ressaí do conteúdo de seu Art. 10, § 1.º, alínea “c” (BRASIL, 1967). Tal divisão, embora criticada por se ter baseado apenas no elemento subjetivo (DI PIETRO, 2011), foi recepcionada por vários dispositivos da CF/88.

Na descentralização para a Administração Indireta, o Poder Público cria por lei “[...] uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público” (DI PIETRO, 2011, p. 422). Dentre seus entes, as autarquias são classicamente os que se destinam à prestação de serviços públicos próprios, como é o caso dos serviços do SUS. Têm natureza jurídica pública e obedecem ao RJDPU.

Neste estudo, adota-se o entendimento de que fundação pública é o mesmo que autarquia. A favor dessa posição, Di Pietro (2011) e Mello (2011). Em desfavor, Medauar (2011) e Meirelles (2011).

A Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, alterou o inciso XIX do Art. 37 da CF/88, deixando a possibilidade de autorização legislativa para instituição de fundações de direito privado ao Poder Público, para atuação em áreas previamente definidas por lei complementar (BRASIL, 1998b). Na esteira do autorizativo constitucional, há Projeto de Lei Complementar Federal tramitando (PLP n.º 92, de 13 de julho de 2007), para possibilitar a instituição, pelo Poder Público, de fundações de direito privado, que tenham por finalidade a prestação de serviços estatais não exclusivos, entre os quais os de saúde (BRASIL, 2007a).

Quanto aos demais entes da Administração Pública Indireta, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, até 2010, não se destinavam a realizar serviços públicos, uma vez que são, em verdade, empresas pelas quais o Estado participa excepcionalmente na atividade econômica.

Contudo, a recente Medida Provisória n.º 520, de 31 de dezembro de 2010 (MPV 520), embora não convertida em lei, continha a proposta de sociedade de economia mista destinada à prestação de serviços públicos de saúde definidos como universais e gratuitos (BRASIL, 2010). Sobreveio a Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que instituiu a possibilidade de que os hospitais universitários passassem a funcionar como empresa pública (BRASIL, 2011a).

Deve-se citar, ainda, o modelo de prestação de serviços públicos que se dá por consórcios públicos, regulados pela Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (BRASIL, 2005a). Os consórcios são criados para gestão e execução de serviços de interesse comum entre os consorciados e podem ter natureza jurídica pública ou privada. Trata-se de mecanismo que permite a reunião de contrapartidas financeiras, técnicas e operacionais para a prestação de serviços de saúde que estejam sob a competência solidária de mais de um ente federado. Os

consórcios de natureza pública passaram a integrar a Administração Pública Indireta e já há algum entendimento no sentido de incluir nesse rol também os consórcios privados (DI PIETRO, 2011).

Os consórcios públicos são uma nova alternativa para que o Poder Público preste serviços públicos de saúde. A lei inclusive prevê (Art. 1.º, § 3.º) o necessário respeito aos princípios e diretrizes do SUS, caso essa seja a finalidade consorcial (BRASIL, 2005a), o que evidencia a nítida intenção do legislador em incluir serviços de saúde na lista de possíveis objetivos dos consórcios.

Concluindo, o SUS pode prestar serviços de saúde à população pela sua Administração Indireta, nas pessoas das autarquias, fundações públicas e consórcios públicos, estes de natureza jurídica pública, e, ainda, pelos consórcios privados, e, quiçá, também por fundações estatais de direito privado e empresas públicas, a prevalecerem as inovações legislativas.

A outra forma clássica de descentralização de serviços públicos é a delegação ao particular (com ou sem fins lucrativos).

As duas figuras clássicas de delegação, a concessão e a permissão, de regra, não se aplicam aos serviços públicos de saúde, que são gratuitos. É que ambas implicam a prestação de serviços públicos por particulares, mediante remuneração assegurada numa tarifa paga pelos usuários.

Vale citar, contudo, que a Lei Federal n.º 11.079, de 31 de dezembro de 2004, instituiu a Parceria Público-Privada (PPP), conceituada como um contrato de concessão, que pode dar-se na modalidade patrocinada ou administrativa (BRASIL, 2004).

A modalidade patrocinada corresponde à concessão de serviços públicos de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 2005b). Essa hipótese, por idêntica razão à da concessão clássica, não se aplica aos serviços do SUS. Entretanto, a nova figura de PPP, denominada concessão administrativa, é definida como um contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta.

Os autores debatem-se em torno dos possíveis objetos da concessão administrativa, de sua verdadeira natureza jurídica e constitucionalidade, mas há quem admita sua utilização para prestação de serviços públicos sociais não exclusivos ao administrado (e não apenas à Administração Pública como usuária) e sob a forma de tarifa zero, ou seja, integralmente

subsidiada pelo parceiro público (DI PIETRO, 2011; FERREIRA, 2006; MELLO, 2011). Meirelles (2011), ao dizer sobre a concessão administrativa, analisa como seus possíveis destinatários serviços que considera pouco atrativos, citando como exemplos a construção e a administração de hospitais. Essas possíveis interpretações abrem espaço para a temática sobre seu lugar no SUS.

Em relação aos serviços públicos de saúde, há previsão expressa nos Arts. 197 e 199, § 1.º, da CF/88 da possibilidade de delegação – complementar – de serviços do SUS, mencionando o texto constitucional as modalidades de contrato ou convênio (BRASIL, 1988).

O Art. 199, § 1.º, da CF/88 trata inicialmente dos contratos administrativos clássicos, que podem ser celebrados entre a Administração Pública e o particular, como um dos meios para que aquela se desincumba de suas atribuições, entre as quais a prestação de serviços públicos (MEDAUAR, 2011). São norteados pelo regime de direito público, devem ser precedidos de licitação e estão previstos no ordenamento brasileiro na Lei n.º 8.666, 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1988, 1993).

Além dos contratos administrativos, a própria CF/88 segue dispondo sobre a possibilidade de delegação de serviços SUS ao particular pelos convênios. Convênio administrativo é “[...] o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação” (MEDAUAR, 2011, p. 244).

Usualmente, o convênio administrativo acontece entre o Poder Público e o terceiro setor, este não raro representado por entidades em situações peculiares que mantêm vínculos com o Estado, seja porque recebem recursos públicos, seja porque desempenham atividades que seriam tipicamente enquadradas como serviço público (MEADUAR, 2011).

Alguns autores as denominam “entes de cooperação” ou “entes de colaboração” (MEDAUAR, 2011, p. 102), outros utilizam o termo “entidade paraestatal” (DI PIETRO, 2011, p. 500)<sup>1</sup>. Seja qual for o termo utilizado, contudo, as entidades apresentam as mesmas características: são de natureza privada, prestadoras de serviço público não exclusivo do Estado, mas em colaboração com este, e recebem algum incentivo do Poder Público (DI

---

<sup>1</sup> Meirelles utiliza ambas as expressões (2011, p. 419).

PIETRO, 2011). Dentre os referidos entes, interessam ao presente estudo as entidades beneficentes, especialmente as OSs.

Entidades beneficentes de assistência social são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que têm por finalidade a prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação e são reguladas pela Lei n.º 12.101, de 27 de novembro de 2009. São comuns os convênios firmados entre as entidades beneficentes e o Poder Público, para fins de prestação de serviços públicos de saúde (BRASIL, 2009a).

As OSs foram instituídas pela Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que prevê a possibilidade de qualificação como tal de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades estejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Uma vez qualificadas, podem celebrar contrato de gestão com o Poder Público para execução das atividades relativas a uma das áreas de atuação e, para tanto, recebem recursos orçamentários e bens públicos (BRASIL, 1998a).

As referidas entidades foram acolhidas pela proposta do PDRAE, na linha de privatizar a forma de gestão dos serviços públicos sociais, mediante a absorção das atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou por entidades estatais, com cessão de suas instalações e bens e remuneração integral do Poder Público (DI PIETRO, 2011).

Por sua vez, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) foram instituídas pela Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999 (alterada pela Lei n.º 10.539/02), que estabeleceu a possibilidade de qualificação como OSCIP de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos tenham uma das finalidades públicas ali arroladas (inclusive a saúde), desde que observada a universalidade (BRASIL, 1999).

Para as OSCIPs e de forma semelhante às OSs, há a previsão legal de celebração de um termo de parceria com o Poder Público, pelo qual são transferidos recursos à entidade, para fomento e execução da atividade de interesse público em questão (BRASIL, 1999).

Embora guardem diversas semelhanças, Di Pietro (2011) pontua que a diferença fundamental entre os objetivos das OSs e os das OSCIPs é que a OS recebe delegação para a gestão de serviço público, enquanto a OSCIP deve voltar-se ao exercício de atividade de natureza privada, que não é serviço público, mas atende a necessidades coletivas.

A prevalecer o referido entendimento, não seria possível a formalização de parcerias entre o Poder Público e as OSCIPs para a prestação de serviços do SUS, que são evidentemente serviços públicos. Inobstante, são frequentes as pactuações entre as OSCIPs e o Estado que não observam os fins institucionais de mero fomento, representando verdadeiras delegações de serviço público.

Conclui-se, portanto, que os serviços públicos de saúde podem ser executados pelo próprio primeiro (Estado), pelo segundo (pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos) ou pelo terceiro setor (pessoas jurídicas de direito privado que atuam sem fins lucrativos), mediante instrumentos que possuam regulamentação específica.

É de se ver, contudo, que a escolha sobre a prestação de serviços públicos pelo *público* ou pelo *privado* impacta a lógica informadora da prestação de serviços. Os serviços públicos serão tanto mais próximos da lógica do mercado quanto mais privatizados; serão tanto mais permeáveis à lógica do poder quanto mais estatais.

A dicotomia do público/privado é um elemento que, ao final, será considerado na própria formulação daquilo que se considera o “interesse público” e, portanto, do critério definidor de uma série de encaminhamentos da política pública em questão. É que a prestação de serviços públicos é um locus de interesse e de poder, cujos princípios informadores são aptos a escrutinar a presença, o papel e o potencial de atores que se incumbem da tomada de decisão política.

Por isso, não é sem razões que o texto constitucional disciplina toda uma seção para organizar a atividade estatal voltada à concretização do direito à saúde e à forma de prestação dos serviços públicos respectivos, estabelecendo limites para a delegação dos serviços do SUS, pela diretriz da complementaridade.

2.3.2.3 O estado da arte sobre a interpretação acadêmica acerca da diretriz da complementaridade no Sistema Único de Saúde

A diretriz da complementaridade está inserta no Art. 199, § 1.º, da CF/88:

Art. 199. [...] § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 1988)

Mello (2011) entende que os serviços de saúde estão entre aquelas espécies que o Estado não pode permitir que sejam prestadas exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre seja a título de delegação.

Di Pietro (2011), por sua vez, prega que a expressão *complementar* afasta a possibilidade de que o contrato com o privado tenha por objeto a atividade fim do SUS, ou seja, que sejam privatizados os próprios serviços de saúde e sua respectiva gestão, permitindo-se a delegação ao particular apenas para as atividades meio (limpeza, vigilância, realização de exames médicos de suporte, entre outras).

Weichert, citado por Mânica (2010, p. 162), julga o sentido da complementaridade como cedente de uma “[...] primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos seus entes federados”. Vê a delegação ao privado como exceção, “[...] tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo poder público” (MÂNICA, 2010, p. 162). Possibilita uma interpretação que incide sobre o dever constitucional de ampliar a rede pública até plena satisfação dos administrados, podendo utilizar-se do setor privado apenas no interregno da tomada dessas providências.

Em entendimento contraposto, Mânica (2010, p. 162, grifo do autor), afirma que a limitação à participação privada no SUS “[...] não pode ser encontrada na expressão geral, abstrata e despida de conteúdo como é a *forma complementar* da participação privada”. Segue, contraditoriamente, defendendo que a parcela do privado deve ser calculada com base no *todo* das atividades do SUS.

Vê-se que o atual estado da arte na produção acadêmica sobre a interpretação da diretriz da complementaridade concilia interpretações múltiplas, mas que pouco enfrentam a definição de seus limites objetivos e subjetivos, ou seja, o que, quanto e para quem é possível delegar as atividades do SUS.

Além disso, é ainda preciso encontrar uma construção que permita vislumbrar o elo entre a regra da complementaridade e seu pano de fundo legitimador. Toda essa problemática está muito próxima de questões subjacentes relativas à definição dos papéis ocupados pelo Estado,

pelo Mercado e pela Sociedade Civil. Liga-se aos modelos de Estado e de democracia escolhidos pela CF/88 e aos subsequentes movimentos políticos que os influenciam, especialmente o projeto neoliberal, que repercutiu na política de saúde brasileira a partir da década de 1990.

## 2.4 O PROJETO NEOLIBERAL E A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE BRASILEIRA

### 2.4.1 A chegada do projeto neoliberal ao Brasil

No Brasil, a crise do Estado teve contornos um pouco diferenciados, porque não se deu em razão dos gastos com a garantia de direitos sociais, mas do modelo desenvolvimentista, que o País adotou a partir da década de 1930, cuja estratégia era a industrialização mediante investimento lastreado no crédito internacional. Disso decorreu um aumento astronômico da dívida pública externa brasileira, o que resultou em crise econômica quando do aumento da taxa de juros dos financiamentos externos e do desequilíbrio da balança comercial pela subida do preço do petróleo, na década de 1980 (SALLUM JR., 1996).

O surto hiperinflacionário e o descontrole da dívida externa acabaram por abrir espaço para a crítica ao papel produtivo do Estado, o que supostamente teria gerado a crise econômica, abrindo espaço para a propositura de soluções neoliberais, como o ajuste fiscal, a quebra do intervencionismo estatal, a privatização e a abertura comercial da economia, com retorno à adoção de mecanismos de mercado (PAULA, 2005; SALLUM JR., 1996).

Na transição democrática, a política brasileira já mostrava sinais da influência da cartilha neoliberal do mercado financeiro internacional. Mas não havia um consenso sobre tal questão e o conteúdo social-programático de expansão do âmbito estatal da CF/88 se apresentava como um obstáculo ao neoconservadorismo.

Contudo, desde então, o empresariado passou a melhor organizar-se politicamente, condicionando cada vez mais a atuação estatal para a associação da economia local com o

sistema capitalista internacional. Para tanto, veio a contar com o apoio dos meios de comunicação em massa (SALLUM JR., 1996).

Assim é que, embora a formulação normativa do SUS se tenha orientado pela linha do Estado do Bem-Estar Social, os governos de Fernando Collor de Mello e FHC trouxeram a influência do pensamento neoliberal para o planejamento e a execução das políticas públicas. Tal tendência mostrou sua efetividade, relativamente à questão da privatização de serviços públicos, no PDRAE, que teve lugar no governo de FHC e foi capitaneado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira.

#### **2.4.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**

O discurso da Reforma do Estado (PEREIRA, 1997, 1998) pressupõe que a crise econômica brasileira se deu em três aspectos: a crise fiscal do Estado, a crise sobre o modo de intervenção estatal e a forma burocrática utilizada para sua administração. Critica a burocracia por não ter obtido sucesso no combate à corrupção e a qualifica de lenta, cara e ineficiente, na medida em que foca nos procedimentos a serem realizados e não em resultados.

O PDRAE propõe a redefinição do papel do Estado, de molde a que as atividades executoras de direitos sociais sejam substituídas por atividades meramente financiadoras e reguladoras. Divide o Estado em quatro setores: o núcleo estratégico, os serviços exclusivos, os serviços não exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico constitui-se pelas atividades que definem as leis e as políticas públicas. Os serviços exclusivos são aqueles da competência exclusiva do Estado (poder de legislar, de tributar e de polícia). Os serviços não exclusivos são aqueles providos pelo Estado, mas não envolvem seu poder extroverso e podem ser prestados pelo particular em paralelo, como as atividades garantidoras de direitos sociais (saúde e educação). Por último, o quarto setor, da produção de bens e serviços, são a forma de intervenção estatal na ordem econômica (BRASIL, 1995; PEREIRA, 1997, 1998).

A reforma sugere que, em relação aos serviços não exclusivos, como as atividades assistenciais do SUS, deve haver um afastamento do Estado da prestação direta, passando a um regime de propriedade “público não estatal”, informado pela administração gerencial.

A transferência da execução de serviços públicos não exclusivos para a sociedade civil dar-se-á por “organizações públicas não estatais”, as quais não fazem parte do aparelho estatal, mas também não visam ao lucro, e, financiadas pelo Poder Público através de dotações orçamentárias, realizam tais atividades mediante um instrumento denominado contrato de gestão, no qual são definidos os objetivos das entidades executoras, os indicadores de desempenho e os recursos humanos, materiais e financeiros para sua realização (PEREIRA, 1997, 1998).

Pereira (1997, 1998) negou que o PDRAE seja uma proposta política de cunho neoliberal. Para ele, o pressuposto neoliberal é somente aquele que consta do discurso liberal puro, de um clássico Estado Mínimo, destinado a garantir apenas os direitos de propriedade e as relações contratuais, deixando ao mercado a livre coordenação. Defende que a sua intenção não é reduzir o Estado, mas, sim, reformá-lo.

Apesar dos argumentos de Pereira no sentido de que o PDRAE se qualifica para além do discurso neoliberal em relação à privatização de serviços públicos, o modelo proposto guarda uma característica neoconservadora (BAPTISTA; MACHADO, 2007; MELLO, 2011), na medida em que se erige numa ótica que repassa ao mercado e à sociedade civil a questão da promoção da justiça social.

De qualquer forma, apesar do evidente insucesso do PDRAE, que culminou inclusive com a extinção do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) apenas quatro anos após a sua criação (REZENDE, 2002), têm sido cada vez mais frequentes, na praxe, as parcerias público-privadas com OSs e outras entidades do terceiro setor, especialmente na área da saúde.

Ocorre que, embora os serviços de saúde não sejam monopólio do Estado, há limites para a delegação de seus serviços ao setor privado, que foram estabelecidos pela diretriz da complementaridade no SUS, a partir da adoção, pela CF/88, de um paradigma de Estado influenciado pela lógica do bem-estar social (BOSCHETTI, 2003; MEDAUAR, 2011; MELLO, 2011). Desse quadro, emerge a discussão sobre a constitucionalidade dos atos do PDRAE que importem em privatização maciça dos serviços de saúde ao setor privado.

## 2.5 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE E O MODELO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

### 2.5.1 A jurisprudência brasileira sobre a diretriz da complementaridade

Assim como a construção acadêmica, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios também não consolidou um posicionamento unívoco acerca da diretriz da complementaridade. Todavia, devem ser citadas algumas decisões que, exemplificativamente, envolvem a discussão sobre os limites à participação do privado no SUS ou sobre a constitucionalidade do PDRAE.

#### 2.5.1.1 O Supremo Tribunal Federal

Posicionamento jurisprudencial central é o que resultará do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.923, do Distrito Federal, proposta em 1998 e originada de questionamento de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Democrático Trabalhista (PDT), acerca da constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1998a).

As inconstitucionalidades suscitadas pelos autores da referida ADI são diversas, entre as quais a ofensa aos deveres estatais de prestação de serviços públicos de saúde, suscitando que a participação privada no SUS deve ser apenas complementar e a transferência dessas atividades a particulares representa burla ao RJDPU.

Houve pedido de cautelar, para que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse inconstitucional a Lei n.º 9.637/98 e, ainda, todos os atos administrativos e de gestão praticados em decorrência de seus dispositivos (BRASIL, 1998c). Em 2007, a liminar foi apreciada e indeferida pelo STF, que entendeu ausente o requisito do *periculum in mora*, considerando o transcurso do prazo. O fundamento de contrariedade ao Art. 199, § 1.º, da

CF/88, no seu sentido limitador do percentual de serviços a ser objeto de privatização, não foi enfrentado pela decisão liminar.

O julgamento definitivo da ADI 1.923-5 teve início com o voto do ministro relator Ayres Britto, o qual extraiu a conclusão de que os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo particular, mas apenas em caráter complementar, representando isso que ao Poder Público é vedado que se afaste integralmente da prestação direta desses serviços. Entendeu o Ministro pela inconstitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 como um “programa de privatização” que visa a extinguir totalmente os órgãos e entidades públicas para repasse à gestão das OSs e votou pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n.º 9.637/98 que autorizava a absorção das atividades, com respectivos equipamentos e recursos humanos por OSs (BRASIL, 2011b).

Na sequência do julgamento, vota o ministro Luiz Fux, que analisa a saúde como um serviço não exclusivo do Estado, ressaltando a possibilidade de sua prestação paralela pelo particular. Segue afirmando que as OSs não atuam por delegação, mas por direito próprio, e que a Lei n.º 9.637/98 se destina a regular o fomento dessas atividades pelo particular. (BRASIL, 2011c).

Fux não acolhe a alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 em razão da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais sociais, sob o argumento de que a escolha sobre o modelo de intervenção do Estado no domínio social e econômico (direto ou indireto) é livre aos agentes políticos legitimamente eleitos e a forma de seu controle deve dar-se apenas pelo resultado (BRASIL, 2011c).

Sobre tais bases de raciocínio, vota o ministro Luiz Fux no sentido de que os serviços públicos sociais podem ser efetivados pelo Estado Brasileiro por meio da colaboração público-privada, julgando procedente em parte a ação para dar interpretação conforme a Constituição à Lei n.º 9.637/98, no sentido de que a condução da qualificação, contrato de gestão, contratos celebrados pelas OSs e seleção de pessoal seja de forma pública, objetiva e impessoal, bem como para afastar qualquer interpretação que exclua o controle das OSs pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público (BRASIL, 2011c).

#### 2.5.1.2 Tribunal Regional Federal da 1.ª Região

O Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região julgou recurso contra a decisão que deferiu liminar em sede da ação civil pública (processo n.º 2000.37.00.009681-7), ajuizada pelo Ministério Público, visando a suspender a contratação, pelo estado do Maranhão, de entes particulares para prestação de serviços de administração, assistência médica e gerenciamento das unidades de saúde pertencentes à rede pública estadual. Na ocasião, o relator entendeu que os serviços de saúde não poderiam ser terceirizados, por se tratar de atividades próprias, típicas e fundamentais do Estado (BRASIL, 2001).

### 2.5.1.3 Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região e Tribunal de Justiça de São Paulo

Em São Paulo, foi ajuizada ação civil pública (processo n.º 2006.61.00.009087-9) pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da União Federal, cujo pedido visava a obstar a adoção do modelo das OSs para prestação de serviços públicos de saúde, que havia sido previsto pela Lei Estadual n.º 14.132/06. A inconstitucionalidade arguida foi a violação, a uma, da diretriz da complementaridade e, a duas, do princípio da participação da comunidade, considerando que as deliberações tanto do Conselho Nacional de Saúde como do Conselho Municipal de Saúde Paulo são contrárias à terceirização de serviços de saúde para OSs (BRASIL, 2009b).

A liminar foi deferida e confirmada pela sentença, que julgou procedente o pedido, embora baseada exclusivamente na questão da necessidade de licitação para a contratação das OSs. Em pedido de suspensão de segurança apresentado pelo Município de São Paulo ao Tribunal Regional da 3.<sup>a</sup> Região (TRF3) (processo n.º 2006.03.00.052227-2), foram suspensos os efeitos da decisão (BRASIL, 2006). Atualmente, a questão encontra-se pendente de julgamento em sede de apelação no TRF3 (apelação n.º 2006.61.00.009087-9).

Mais recentemente, a Lei Estadual n.º 1.131/2010 trouxe a possibilidade de destinação de 25% dos leitos hospitalares geridos por OSs para planos de saúde e particulares. Em razão disso, a Promotoria de Justiça de Direitos Humanos – Saúde Pública – ajuizou ação civil pública (processo n.º 0029127-38.2011.8.26.0053), visando a obstar que o estado de São Paulo realizasse contratos de gestão com OSs para tais fins. Os argumentos principais do

Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) foram de violação ao princípio da isonomia e da regra da gratuidade no atendimento do SUS (SÃO PAULO, 2011).

O Juiz de Direito da 5.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública de São Paulo deferiu a liminar, levando em consideração a existência de demanda reprimida e o direito ao acesso dos usuários do SUS, a previsão de ressarcimento dos gastos de usuários de planos de saúde por atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e os aspectos negativos do sistema de “dupla porta” em hospitais do sistema único. A decisão está mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2011).

#### 2.5.1.4 Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região

Em Pernambuco, também houve ajuizamento de Ação Civil Pública (processo n.º 2009.83.00.016401-2) pelo MPF, movida em face da União Federal, para que fosse determinada judicialmente a abstenção daquele Estado em firmar contratos de gestão com OSs. Em setembro de 2009, a Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, com fulcro na Lei Estadual n.º 11.734/00, havia aberto edital de contratação de OS para a execução de serviços de saúde em um Hospital e três Unidades de Pronto Atendimento (BRASIL, 2011d).

Argumentou a ação proposta que se tratava de uma tentativa de privatização dos serviços de saúde, em burla ao RJDPU. Sustentou a inconstitucionalidade da Lei Federal n.º 9.637/98 e da Lei Estadual n.º 11.734/00, que contêm previsões similares. Entre as inconstitucionalidades referenciadas consta a violação ao dever estatal de prestar diretamente serviços de saúde, daí inferindo a impossibilidade de transferência da gestão de tais serviços a terceiros, bem como a necessária observância do caráter complementar dos serviços prestados pela iniciativa privada ao SUS. Além disso, sustenta a exordial a violação aos ditames constitucionais e legais da participação da comunidade, já que houve desconsideração às deliberações do controle social (BRASIL, 2011).

A sentença de piso julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que a CF/88 não apresenta qualquer impedimento à delegação de serviços do SUS, sendo válidas as normas infraconstitucionais acerca das OSs, que visam a desburocratizar e tornar mais eficiente a

prestação de serviços à coletividade (BRASIL, 2011). Tendo o MPF apelado ao Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, a matéria encontra-se atualmente pendente de julgamento.

#### 2.5.1.5 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

Em Natal, a Lei Municipal n.º 6.108/2010 estabeleceu a qualificação de entidades como OSs. O Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRGN) ajuizou inicialmente a ADI (processo n.º 2010.006976-8 do TJRN) em face da referida lei, alegando a impossibilidade de que a iniciativa privada substitua o Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais, bem como a ausência de previsão, no referido diploma normativo, do controle público e social na gestão das OSs (RIO GRANDE DO NORTE, 2011).

O julgamento da referida ADI foi procedente, mas o fundamento do acórdão limitou-se à questão da ausência de previsão de participação, no órgão de deliberação superior das OSs, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, uma exigência do Art. 128, inciso III, da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte. Não houve, contudo, enfrentamento quanto à questão específica dos limites da complementaridade.

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, em razão desse texto legal, quando pendente de julgamento a ADI, o município de Natal chegou a firmar contrato de gestão com a OS Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde (IPAS) para operacionalização da Unidade de Pronto Atendimento. O MPRGN ajuizou também, à época, ação civil pública contra o município de Natal e o IPAS, alegando a inconstitucionalidade incidental da Lei n.º 6.108/2010, pelas razões já aduzidas na ADI (NATAL, 2011).

Na análise da liminar, o Juiz de Direito da 5.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública de Natal entendeu que a delegação de serviços ao IPAS não feria o princípio da complementaridade, porque se tratava de uma única unidade, sob o enfoque de que “[...] o caráter complementar da participação da iniciativa privada, conforme previsto na Constituição e na Lei do SUS, não haveria de ser analisado unidade por unidade, mas sim, sob o prisma do conjunto de serviços de saúde disponibilizados pelo ente público” (NATAL, 2011).

A decisão liminar acolheu o argumento de inconstitucionalidade pela ausência de tal controle e também pela inexigibilidade de prévia licitação, determinando que o município de Natal se abstivesse de qualificar e celebrar novos contratos de gestão com OSs para fins de atuação no SUS. A referida ação ainda se encontra pendente de julgamento (NATAL, 2011).

#### 2.5.1.5 Tribunal de Justiça do Paraná

No município de Pelotina, estado do Paraná, o Ministério Público ajuizou ação civil pública com objetivo de impedir a administração municipal de firmar acordo com entidade sem fins lucrativos para equipar e gerir serviços hospitalares, sob o fundamento da complementaridade, já que se tratava do único hospital daquele Município. Tal alegação foi acolhida no julgamento em segundo grau do processo (Apelação Cível n.º 426165-4), que determinou:

1. Os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, devem ser prestados diretamente pelo Estado, cabendo à iniciativa privada, no que diz respeito ao sistema único de saúde, apenas e tão-somente atividades complementares, mediante contrato de direito público ou convênio. 2. Restando demonstrado nos autos que o Município de Palotina pretende transferir a administração do único hospital público municipal à iniciativa privada, inclusive com o repasse à instituição que for administrá-lo das verbas que lhe cabem no Sistema Único de Saúde, certo ser afirmado, como decidido pelo ilustre magistrado de primeiro grau de jurisdição, que a atividade da instituição privada não será, no que diz respeito à saúde pública, complementar às do município (PARANÁ, 2008).

#### 2.5.2 Jurisdição Constitucional e Modelos de Estado

O papel que o Poder Judiciário exerce na interpretação das leis também é impactado pelo modelo de democracia e pela forma de participação política do cidadão na vida pública.

O modelo liberal pressupõe uma mínima intervenção estatal, e o papel do Poder Judiciário é, para o liberalismo, o de garantir que não haja ingerência do Estado na esfera privada. A metodologia de aplicação do direito é a observância irrestrita do texto da lei, que deve ser geral e abstrato, baseado numa noção de igualdade formal. O papel do julgador é o de mero

declarante da legalidade, sem recurso a elementos extrajurídicos na busca de uma interpretação que seja fixada *a priori*, numa suposta neutralidade (BERCOVICI, 2008; COURA, 2009).

Como contraponto, o modelo republicano exprime a proposta de um Estado Constitucional que reflete a identidade ético-cultural de uma sociedade, formulada a partir de uma intensa participação política da comunidade na formação da vontade geral. O alvo principal da jurisdição desloca-se da defesa das liberdades negativas para a proteção do bem comum definido politicamente pelos cidadãos autônomos. O direito e a lei são secundários quando comparados ao agir ético e à noção de justiça (COURA, 2009).

Mesmo que não necessariamente coincidentes, o modelo republicano e o Estado de Bem-Estar Social levaram a uma consequência comum na forma de aplicação do direito: a inserção dos valores como elemento decisivo. Disso resultou uma prática de relativização dos textos legais, de desvinculação da vontade do legislador na interpretação da lei e de julgamentos baseados em valores (COURA, 2009).

Bercovici (2008), Bonavides (2008) e Coura (2009) – este último resgatando as ideias de Habermas – enfatizam a necessidade de compatibilização do constitucionalismo liberal com um novo sentido de democracia e reafirmam a questão da necessária legitimidade do sistema jurídico, tendo lugar de destaque nesse processo a questão da separação dos poderes e o papel do Poder Legislativo, pelo prisma de uma esfera pública que possibilite a correspondência entre a formação da vontade do povo e a produção normativa.

A norma jurídica deve observar os procedimentos de elaboração democrática e somente será “[...] legítima quando existir correspondência entre o preceito nela consubstanciado e o sentido normativo consentido pela sociedade” (GRAU, 1985, p. 24). “Não basta ser democrática quanto a sua forma de elaboração; quer-se que seja também quanto a sua origem e ao seu conteúdo” (SILVA, 2007, p. 43).

Nessa vertente, o Poder Judiciário, embora não se limite a mero aplicador da “letra da lei”, não deve investir-se de um poder tão amplo na interpretação da lei, a ponto de comprometer a legitimação de todo o sistema, interpretando a norma jurídica à revelia da lei. Deve, antes, basear-se no substrato legitimador do texto legal, no seu lastro social, e é sobre tais bases que se pretende assentar a interpretação acerca dos limites constitucionais à participação privada de aplicação do modelo de OSs no SUS.

**CAPÍTULO 3**

**METODOLOGIA**

---

### 3.1 TIPO DE ESTUDO

Trata-se de uma pesquisa social – em políticas sociais – qualitativa e estratégica. É exploratória, descritiva e se desenvolverá a partir de um estudo bibliográfico e documental.

Para Minayo (2008, p. 47), uma pesquisa social abarca “[...] os vários tipos de investigação que tratam do ser humano em sociedade, de suas relações e instituições, de sua história e de sua produção simbólica”.

A presente pesquisa compreende uma investigação que recai sobre a diretriz da complementaridade e as relações políticas que a ela subjazem, pretendendo teorizar sua interpretação a partir de um processo de construção social que culmina no atual contexto da política de saúde brasileira. Trata-se de uma pesquisa em políticas sociais, uma vez que é correlata à investigação sobre a questão dos serviços de saúde, participação social e organização do público x privado na gestão dessas políticas.

A consecução dos objetivos será alcançada por meio de revisão de literatura sobre as questões pertinentes. Noronha e Ferreira (2000, p. 191) acrescentam:

Trabalhos de revisão são estudos que analisam a produção bibliográfica em determinada área temática, dentro de um recorte de tempo, fornecendo uma visão geral ou um relatório do estado-da-arte sobre um tópico específico, evidenciando novas ideias, métodos, subtemas que têm recebido maior ou menor ênfase na literatura especializada. Assim, a consulta a um trabalho de revisão propicia ao pesquisador tomar conhecimento, em uma única fonte, do que ocorreu ou está ocorrendo periodicamente no campo estudado.

Proceder-se-á a uma pesquisa bibliográfica, abarcando os autores clássicos de Direito Administrativo brasileiro e de estudos recentes que enfrentem as questões da participação social, da complementaridade e da proposta do PDRAE no SUS, além de uma busca exemplificativa da jurisprudência sobre o tema.

### 3.2 CONSIDERAÇÕES ÉTICAS

Há observância da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS,1996) e o presente projeto de pesquisa já foi regularmente aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa

(CEP) do Centro de Ciências de Saúde (CCS) da Universidade Federal do Espírito Santo (Carta de Aprovação n.º 021/11).

**CAPÍTULO 4**

**ARTIGOS**

---

#### 4.1 ARTIGO PRIMEIRO: OS LIMITES DA DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE À PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

##### **RESUMO**

O objeto deste artigo é clarear a discussão sobre os limites da diretriz da complementaridade à participação privada no Sistema Único de Saúde. Parte de uma análise do contexto político legitimador dessa norma e de sua correspondência ao arcabouço constitucional da atuação estatal, para esclarecer quanto e que serviços de saúde podem ser terceirizados e discriminar que pessoas do primeiro (Estado), segundo (Mercado) e terceiro (Sociedade Civil) setor se inserem na dimensão do público e quais na do privado. Empreende uma pesquisa de natureza exploratória, descritiva, que se desenvolveu a partir de um estudo bibliográfico de revisão de literatura. Conclui que uma porção preponderante dos serviços prestacionais de saúde, em cada nível de complexidade e de gestão, é reservada a pessoas jurídicas de direito público, o que exclui o terceiro setor, que é da esfera do privado.

**Palavras-Chave:** Sistema Único de Saúde; Setor Privado; Complementaridade.

#### **LIMITS OF THE COMPLEMENTARINESS DIRECTIVE TO PRIVATE PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN UNIFIED HEALTH SYSTEM**

##### **ABSTRACT**

This article aims at clarifying the discussion about the limitations of the directive of complementariness to private participation in the Brazilian Unified Health System (SUS). In order to explain how much and which of the health care services can be outsourced and which persons of the first (State), second (market) and third (civil society) sectors are inserted in the public and the private sphere, this study departs from an analysis of the legitimating political context of the this regulation and its correspondence to the constitutional outline of State participation. This is a descriptive exploratory research investigation developed based on a literature review study. This study concluded that most of the health care services rendered, at each level of complexity and management, should be reserved for public entities, which excludes the third sector – the private sphere.

**Keywords:** Brazilian Unified Health System; Private Sector; Complementariness.

## **INTRODUÇÃO**

A diretriz da complementaridade está posta no Art. 199, § 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988<sup>1</sup> (CF/88), que prevê a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, a interpretação do alcance dessa norma tem sido objeto de divergências, seja sobre o *quantum* e a qualidade dos serviços do SUS passíveis de terceirização, seja sobre o âmbito de inserção de alguns desses serviços, como as fundações estatais de direito privado e as organizações sociais.

O desiderato deste estudo é dissecar a complementaridade, dizer do seu significado, estabelecer seus limites. Para tanto, parte da premissa de que os princípios e diretrizes do SUS não são regras isoladas, recortes da Constituição que, tanto mais reduzidos, mais aprofundados. O SUS é uma parte indissociável do conjunto constitucional brasileiro, de um texto de Lei Maior que tem alma e que se amarra por laços muito estreitos à construção do processo democrático deste País.

A abordagem eleita para delinear os limites da complementaridade à participação privada no SUS é, portanto, uma investigação sobre as relações políticas que a subjazem, na intenção de teorizar sua interpretação sob o prisma do processo de construção social que culmina no atual contexto da política de saúde brasileira.

## **MÉTODOS**

Este artigo resultou de uma pesquisa exploratória, descritiva, que se desenvolveu a partir de um estudo bibliográfico. Trata-se de uma pesquisa em políticas sociais, uma vez que é correlata à análise de uma diretriz de organização da política de saúde.

Para consecução de seu objetivo, foi feita a revisão de literatura, que abarcou os autores clássicos de Direito Administrativo e Constitucional brasileiros e estudos recentes sobre as questões da diretriz da complementaridade no SUS.

## CONTEXTO POLÍTICO DA FORMULAÇÃO DA COMPLEMENTARIDADE

No Brasil, até o processo de democratização que resultou na CF/88, a política de saúde era atrelada à Previdência Social, e a assistência estava condicionada à vinculação do cidadão ao mercado formal de trabalho. Tal modelo resultava em expressiva exclusão social. Qualquer pessoa não filiada ao regime previdenciário dependia ou da medicina privada, ou da caridade e do assistencialismo dos profissionais de saúde<sup>2</sup>.

Como bem colocou Carvalho, “tratava-se, portanto, de uma concepção da política social como privilégio e não como direito. Se fosse concebida como direito, deveria beneficiar a todos e da mesma maneira”<sup>3</sup>. O privilégio da assistência à saúde era concedido apenas àquele que mantinha seu *status* de cidadão. Era uma forma de regulação da cidadania<sup>2</sup>.

Além disso, da década de 1930 até o final da década de 1980, o sistema de saúde era marcado por uma forte dicotomia. Os serviços assistenciais de caráter individual e curativo eram de responsabilidade do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, enquanto ao Ministério da Educação e Saúde Pública, precursor do Ministério da Saúde, atribuía-se a função de garantir a saúde pública em caráter preventivo<sup>2</sup>.

Com a crescente expansão da tecnologia e da especialização de recursos humanos no Pós Segunda Guerra Mundial, a assistência tornou-se cada vez mais cara e centrada no hospital, acabando por contribuir para fortalecer o que ficou conhecido como o “complexo médico-empresarial”<sup>2</sup>.

A medicina curativa era privatizada. Apenas a atividade preventiva era pública. Os investimentos tinham foco na medicina terciária e eram fortemente orientados pela visão de mercado dos terceirizados do antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), sem resquícios de mecanismos democráticos. A fragmentação do sistema implicava crise, pois os custos elevados com a atenção hospitalar eram insustentáveis para o orçamento público e não havia uma política decisiva voltada para a promoção e prevenção<sup>2</sup>.

As décadas de 1970 e 1980 foram um tempo de luta social em prol da democracia. Na saúde, o movimento sanitário buscou a implantação de um sistema único, que fosse público e universal, que garantisse a participação da sociedade civil na sua gestão e acolhesse os

postulados da promoção da saúde. Finalmente, a CF/88 afirmou a saúde na categoria de direito fundamental social e a atrelou à execução de uma política pública pelo Estado, no alcance de sua efetividade: o SUS.

O projeto político central do movimento sanitário era de fortalecimento e expansão do setor público<sup>4</sup>. O que se tinha em mente era extirpar do mundo dos fatos a possibilidade de retorno às iniquidades geradas pela privatização desmedida e pela nefasta influência que o mercado exercia na política de saúde.

Mas a realidade dos processos políticos é marcada pela contraposição dos interesses, e a bandeira do público não era consenso<sup>4</sup>. Desse quadro, resultou a criação do SUS, universal, democrático e *público*, mas com uma concessão ao peso político do capital: a participação da iniciativa privada na prestação de seus serviços. Mesmo assim, apenas de forma complementar.

O Art. 197 da CF/88 contempla genericamente que os serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros<sup>1</sup>. Na sequência, o Art. 199, § 1º, estabelece a diretriz da complementaridade, cujo conteúdo prevê a participação das instituições privadas no SUS, de forma apenas complementar<sup>1</sup>.

A acolhida da complementaridade, assim como dos demais princípios e diretrizes do SUS, vai numa linha que, embora não esteja na radicalidade do pensamento estatista, se coaduna com a imputação de responsabilidade ao Estado de Bem-Estar Social, já que pressupõe uma forte organização de cunho estatal, para fins de promoção da justiça social<sup>4</sup>.

A CF/88 estabeleceu algumas bases para fixar um modelo de atividade da Administração Pública, que se consubstanciam no Regime Jurídico de Direito Público (RJDPU). Essas bases são, a um só tempo, parselhas e alicerces da diretriz da complementaridade. A uma, porque ambas se legitimam na luta pela moralidade e na repulsa ao patrimonialismo e, a duas, porque a complementaridade em si representa justamente a ordem constitucional de submissão de parcela dos serviços públicos ao RJDPU, sobre cujos princípios seguem algumas considerações.

## **OS PRINCÍPIOS DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E A COMPLEMENTARIDADE**

Como ensina Di Pietro<sup>5</sup>, na relação administrativa, a vontade deve ser a que decorre da lei, e o que está em sobreposição é o bem-estar coletivo, vale dizer, o “interesse do povo, porquanto nos Estados democráticos, o poder emana do povo e por ele será exercido”<sup>6</sup>. A Administração Pública, então, não tem disponibilidade sobre o interesse público, mas apenas o dever de curá-lo nos termos das finalidades predeterminadas legalmente<sup>6</sup>.

Na relação com o privado, prevalece o interesse particular. Ao revés das instituições públicas, os prestadores privados de serviço público orientam-se pela autonomia da vontade, na defesa de seus interesses pessoais, institucionais ou associativos.

As empresas têm objetivos de mercado, o que não é vedado por lei. O terceiro setor, ainda que no desempenho de atividades de interesse público, tem seus atos regidos apenas parcialmente por tais princípios. Por conseguinte, ressalvadas as previsões específicas da lei ou do contrato/convênio, nada há que garanta a total coincidência entre o seu interesse institucional e o interesse público, a despeito da relevância dos serviços que exercem e do tratamento diferenciado que recebem por parte do Estado. Medauar aponta com precisão que, “no caso de convênios celebrados com o particular poder-se-ia argumentar que este não atua com fim de interesse público, havendo então, interesses contrapostos”<sup>7</sup>.

Mesmo as estatais regidas pelo direito privado, ainda que submetidas à legalidade e à indisponibilidade do interesse público, estão mais sujeitas ao perpasso de interesses privados, uma vez que são orientadas parcialmente nessa lógica.

O RJDPU impõe também a observância à impessoalidade, que “traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”<sup>6</sup>.

A impessoalidade não é uma exigência dirigida ao mercado. No terceiro setor, a questão ganha contornos até mais preocupantes, porque se trata de um prestador privado, dispensado de licitações e concursos, mas que, não raro, guarda uma dependência econômica e política do

Poder Público, o que perigosamente abre espaço a uma influência patrimonialista na sua gestão.

Por sua vez, pelo princípio da hierarquia, “os órgãos da administração pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas em lei”<sup>5</sup>. A hierarquia implica desdobramentos como o poder de dar ordens, de controle e de coordenação<sup>7</sup>.

O SUS deve ser organizado por meio de uma rede hierarquizada (artigo 198 da CF/88)<sup>1</sup>, o que é indispensável à unicidade da gestão e à plena articulação das suas partes. Ocorre que a aplicação da hierarquia somente se dá na prestação direta de serviços públicos. Na descentralização, já perde potencialidade, embora ainda se mantenha aqui o vínculo com o órgão público e haja, com relação à entidade prestadora, sujeição ao princípio da especialidade, que significa a vedação ao desvio de finalidades impostas legalmente aos entes estatais.

Todavia, na delegação ao particular, não existe hierarquia ou vinculação. Não é à toa, portanto, que um sistema que se organiza hierarquicamente não possa ter seus serviços prestados majoritariamente pelo particular. A Administração Pública orienta a escolha sobre a oferta de serviços ao interesse público e às necessidades coletivas e disso não pode desviar-se. O particular, não necessariamente. Neste último caso, o controle sobre os seus objetos não está com o Poder Público.

Neste ponto, está uma discussão sobre a determinação constitucional da preferência das ações preventivas sobre as curativas, sobre os elementos da política de promoção da saúde e seus dilemas com a força da atenção terciária e da medicalização.

Santos coloca como uma resultante das estratégias incongruentes do SUS a “continuidade do modelo ‘da oferta’ com base nos interesses do mercado”<sup>8</sup>. Freitas et al. lembram que, apesar dos incentivos da Agência Nacional de Saúde em inserir programas de promoção e prevenção de doenças na Saúde Suplementar, ainda há sérias limitações nesse setor<sup>9</sup>.

Ora, se ao contrário do público, o privado não é obrigado a especializar-se naquilo que determina a gestão, a complementaridade é garantia de que a oferta de serviços respeite as

preferências constitucionais. E, na medida em que o faz, garante também a integralidade e universalidade.

De mais a mais, a diretriz da complementaridade impõe ao Estado a manutenção de suficientes equipamentos e quadro de pessoal próprios, sem o que estará a depender plenamente do setor privado para dar continuidade aos serviços de saúde, abrindo brechas a práticas como a dominação de mercado e a cartelização.

Há de se reconhecer que à Administração Pública são conferidas algumas prerrogativas, às quais se sujeitam os particulares em delegação de serviços (como a requisição de pessoas ou serviços e a encampação). Mas essas são medidas de exceção<sup>10</sup> e não é ideal que um Estado Democrático de Direito venha a se valer delas rotineiramente.

Há ainda outros dois princípios correlatos do RJDPU que tocam muito perto à questão da complementaridade. São os princípios da autotutela e tutela, pelos quais, a Administração Pública Direta fiscaliza, respectivamente, as próprias atividades e as atividades da Administração Indireta, a fim de manter a observância de suas finalidades legais<sup>5</sup>.

A par do controle sobre a execução dos serviços pelo gestor, que se prejudica na descentralização em razão da transferência da titularidade do serviço, os controles quanto à legalidade e à moralidade são muito mais presentes em relação a entes estatais, que estão sujeitos ao RJDPU. É que as normas publicísticas impõem mecanismos bastante mais rigorosos, tais como a licitação, o concurso público e a sujeição à fiscalização dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Para finalizar, o princípio da publicidade merece destaque. É por meio dele que se exige a ampla divulgação de todos os atos praticados pela Administração Pública<sup>5</sup>. Em relação ao particular somente será publicado o instrumento público de delegação de serviços, mas não os atos de gestão corriqueiros. Novamente, a hibridez de alguns dispositivos que regulam a publicidade dos atos praticados pelo terceiro setor não tem o condão de conferir-lhe na amplitude própria do Poder Público.

Essas considerações sobre o feixe de princípios que é aplicável às pessoas jurídicas de direito público fazem intuir mais de uma razão para que a CF/88 tenha demarcado o espaço da

prestação dos serviços de saúde entre o *público* e o *privado*. Privilegiou, não sem fundamento, que os serviços públicos de saúde fossem prestados preponderantemente na rigidez dos princípios do Direito Administrativo, na clara intenção de deixar à mercê da regulação de mercado e das regras do Regime Jurídico de Direito Privado (RJDPR) apenas uma fatia complementar, minoritária, do SUS.

## **LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS À PARTICIPAÇÃO DO PRIVADO NO SUS**

### **LIMITES SUBJETIVOS DA COMPLEMENTARIDADE**

A complementaridade não fala em prestação direta ou indireta, mas sim em personalidade jurídica das entidades prestadoras como de natureza pública ou privada. Nesse ponto específico, este estudo concorda com Mânica<sup>11</sup>. E não poderia ser diferente, considerando os consectários do RJDPU cuja aplicação visa a tutelar nos serviços de saúde.

A legislação brasileira acolheu o entendimento de que a natureza de uma pessoa jurídica se define pelo regime a ser adotado. É a definição utilizada pelos Arts. 41 e 44 do Código Civil<sup>12</sup>. Também, para fins de cumprimento da diretriz da complementaridade, os serviços de saúde devem ser prestados majoritariamente por pessoas jurídicas de direito público, ou seja, pela própria Administração Pública Direta e pelos entes da Administração Indireta com personalidade jurídica pública, que são as autarquias, as fundações públicas e os consórcios públicos.

A opção da Constituinte não foi a de limitar subjetivamente a participação complementar do privado no SUS a partir de uma vinculação orgânica ao Poder Público, como é a do Decreto Lei nº 200/67<sup>13</sup>. A CF/88 fala em participação privada e não em participação não estatal. Quer dizer da natureza jurídica como pública ou privada. Não importa se o ente faz parte da Administração Pública Indireta, se é ou não ente estatal. Importa se tem natureza pública, ou seja, se é ou não submetido ao RJDPU.

Há algumas situações que poderiam ensejar discussão em relação à complementaridade, como é o caso das estatais com personalidade de direito privado: fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998<sup>14</sup>, deu a deixa para a instituição de fundações estatais de direito privado. Sobreveio o Projeto de Lei Complementar Federal (PLP nº 92, de 13 de julho de 2007)<sup>15</sup> que lhes confere finalidade de prestação de serviços estatais não exclusivos, entre os quais os de saúde.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, até 2010 não se destinavam a realizar serviços públicos, uma vez que eram, em verdade, empresas, através das quais o Estado participava excepcionalmente na atividade econômica. Contudo, recente Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010<sup>16</sup>, embora não convertida em lei, continha a proposta de sociedade de economia mista destinada à prestação de serviços públicos de saúde definidos como universais e gratuitos. Sobreveio a Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011<sup>17</sup>, que instituiu a possibilidade de que os hospitais universitários passassem a funcionar com a natureza de empresa pública.

Registre-se que a opção pelo regime privado, mesmo nas estatais, implica sempre certa derrogação do RJDFU, bem como, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, a orientação pela lógica de mercado e por seus princípios específicos, como os da livre concorrência, propriedade privada e defesa do consumidor, os quais se distanciam da lógica do SUS.

Não é inútil o texto constitucional. A natureza pública é o determinante no regime jurídico a ser observado e também na forma de condução das instituições. Di Pietro cita que, desde o início deste século, já se apontava como crítica à utilização de sociedades de economia mista o conflito de interesses entre o particular e o Estado<sup>5</sup>.

Com relação às entidades do terceiro setor, o Art. 199, § 1º, da CF/88, é bastante explícito em inserir as entidades sem fins lucrativos no conceito do privado, apenas ressalvando a preferência destas em relação às empresas<sup>18</sup>. Essa também é a definição da lei instituidora das entidades beneficentes de assistência social<sup>19</sup>.

Este estudo rechaça os entendimentos que, como o de Pereira<sup>20</sup>, sustentam que o terceiro setor pode ser entendido como uma propriedade “pública não-estatal”, utilizando como critério definidor a finalidade e não o regime jurídico.

É que o domínio do privado pode não ser sinônimo de mercado, mas é de uma série de relações bastante distintas do poder estatal. A lógica do terceiro setor faz parte do emaranhado de interesses que é a sociedade civil e, portanto, do mundo do privado.

Por conseguinte, têm natureza jurídica de direito público: os órgãos da Administração Pública Direta e, da Indireta, as autarquias, as fundações públicas e os consórcios públicos. Têm natureza jurídica de direito privado: as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações estatais de direito privado, as entidades do terceiro setor e as empresas. Justamente tais naturezas devem ser observadas nos limites subjetivos da vedação que subjazem à diretriz da complementaridade.

### LIMITES OBJETIVOS DA COMPLEMENTARIDADE

Mas quais são os limites objetivos da complementaridade à transferência de serviços públicos ao particular?

Para Mello, os serviços de saúde estão entre aqueles que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de delegação<sup>6</sup>.

Di Pietro entende que a expressão complementar afasta a possibilidade de delegação da atividade fim do SUS, ou seja, de que sejam privatizados os próprios serviços de saúde e sua respectiva gestão, permitindo-se terceirização apenas para as atividades meio e estritamente materiais<sup>18</sup>.

Weichert, citado por Mânica, julga a delegação ao privado como exceção, “tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo poder público”<sup>11</sup>. Vê a ampliação da rede pública como um dever constitucional, até a plena satisfação dos administrados, podendo o SUS valer-se do setor privado apenas no interregno da tomada dessas providências.

Mânica parece não vislumbrar limites quantitativos diferenciais entre os espaços público-privados no SUS e chega a afirmar a complementaridade como uma expressão que padece de conteúdo<sup>11</sup>. Critica as posições que impõem limites à terceirização de serviços no SUS e,

especialmente, a visão de Weichert, porque impingiria um caráter de transitoriedade à participação privada no sistema, que a tornaria instável e precária.

Segue contraditoriamente defendendo que a participação do privado “deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização”<sup>11</sup>. Estabelece, assim, uma interpretação subsidiária à proposta anterior, para erigir uma noção de complementaridade que pressupõe a mais ampla discricionariedade do administrador na decisão sobre quais serviços privatizar, num todo bastante abrangente.

O presente ensaio finca suas premissas no fato de que a interpretação da complementaridade deve ser buscada no contexto de sua legitimação democrática. Concorda com Grau que “uma norma jurídica é legítima quando existir correspondência entre o preceito nela consubstanciado e o sentido normativo consentido pela sociedade”<sup>21</sup> e com Silva que “não basta ser democrática quanto a sua forma de elaboração; quer-se que seja também quanto a sua origem e ao seu conteúdo”<sup>22</sup>.

Bercovici e Bonavides afiliam-se com muita propriedade ao entendimento de que o Direito Constitucional e a política são indissociáveis; que a interpretação da Lei Maior não pode abandonar questões centrais como a democracia<sup>10,23</sup>. No mesmo sentido, Coura levanta a necessidade de compatibilização entre o constitucionalismo liberal e um sentido democrático<sup>24</sup>. Reafirma a questão da legitimidade do sistema jurídico, destacando o papel do Legislativo e de uma esfera pública que possibilite a correspondência entre a formação da vontade do povo e a produção normativa.

A regra da complementaridade tem um conteúdo político. E, ainda que se conteste a plenitude da soberania popular no Brasil, inclusive relativamente à Assembleia Constituinte que precedeu à CF/88<sup>10</sup>, em relação à política de saúde, a vontade popular estava representada no movimento sanitário e na VIII Conferência Nacional de Saúde, que deu lastro às normas constitucionais<sup>2,25</sup>.

A CF/88 não se legitimou como uma Constituição liberal, mas como uma carta social e dirigente. O SUS não se legitimou como sistema privado, mas público. Pelo lembrado nas

descrições anteriores sobre a história da saúde no Brasil, fica nítido o conteúdo de normatividade da complementaridade:

“[...] uma escolha e um resultado da luta da sociedade brasileira para legitimar e garantir [...] valores. Valores que se contrapõem aos princípios, por exemplo, liberais, da privatização da saúde: da saúde como um bem de consumo que deve obedecer a uma lógica de mercado”<sup>26</sup>.

Aqui não se pretende fazer uma defesa parcial de um ideal estatizante. Admite-se constitucionalmente a participação complementar da iniciativa privada nos serviços de saúde, e o SUS é moldado na prestação de serviços de promoção, de prevenção e de assistência à saúde. Portanto, não se trata apenas da possibilidade de dar suporte às ações e serviços das entidades públicas, mas de *complementar* tais ações. Deve-se entender, pois, que a complementaridade não veda a terceirização de atividades executivas prestacionais do SUS, como propôs Di Pietro<sup>18</sup>, apenas a limita quantitativamente.

Contudo, ressalva deve ser feita ao permissivo da participação do privado em relação aos serviços que envolvam poder de política e atos de gestão, não por força da complementaridade, mas por se tratar de emanção do poder de extroversão do Estado. Assim é que atividades como a vigilância sanitária e a ordenação da demanda da atenção básica são indelegáveis. Portanto, não sendo os serviços exclusivos do SUS objetos de regulação pela complementaridade, devem ser excluídos do cômputo de seus limites objetivos.

A posição de Weichert é aqui entendida por parcialmente correta. A participação privada no SUS deve ser exceção, mas não exatamente para impor uma progressiva publicização do sistema até a plenitude.

A palavra exceção não implica inexoravelmente instabilidade e/ou precariedade. O entendimento é de que os serviços públicos de saúde podem ser delegados ao particular, sim, e até com alguma carga de estabilidade (não definitiva, porque só deve haver delegação enquanto houver interesse público), mas tão-somente dentro dos limites quantitativos autorizados pela complementaridade. A questão não é a transitoriedade da delegação ao particular, mas seu montante.

Todavia, as soluções apresentadas por Mânica<sup>11</sup> também não satisfazem, porque levam a duas decorrências ilegítimas e, portanto, indesejáveis à democracia: ou a não se aplicar a complementaridade ou a aplicá-la para permitir justamente o que pretendia vedar, que é a terceirização maciça da *atenção terciária à saúde*, esta que tanto interessa à iniciativa privada.

Dizer que a participação complementar da iniciativa privada “é expressão geral, abstrata e despida de conteúdo”<sup>11</sup> é esvaziar de normatividade uma diretriz constitucional. E não é possível fazer a interpretação de uma regra estabelecida constitucionalmente para simplesmente desdizê-la, não num Estado Democrático de Direito. Isso representaria pressupor que o núcleo da vontade popular expressa no texto constitucional não é soberano.

A privatização está nos pilares do liberalismo, mas mesmo uma interpretação fulcrada nesse modelo resulta na imposição de limites reais à participação do privado no SUS. O conservadorismo apregoa a neutralidade do Estado e vê a Constituição como norma superior delimitadora do poder estatal. Uma interpretação literal, desprovida de valores, do termo *complementaridade* certamente traria por resultado algum conteúdo limitador, já que *complementaridade* não é sinônimo de *totalidade*. E não há neutralidade em propor solução diversa.

Pelo próprio significado linguístico do português, *complementar* significa: “1. Referente a complemento. 2. Que serve de complemento [...]”<sup>27</sup>. Logo, ontologicamente, só é possível inferir que a participação privada não pode ser o todo no SUS, tampouco a sua porção majoritária, mas apenas um de seus fragmentos.

A consequência é que o Estado tem que manter uma rede própria de serviços públicos de saúde, seja na Administração Pública Direta seja na Indireta, respeitando, neste último caso, o RJDPU das entidades prestadoras. Nenhuma outra hermenêutica é possível sem violar o princípio democrático. Uma interpretação que permita a terceirização ilimitada dos serviços do SUS é desafinada com o modelo de Estado eleito.

Além disso, mesmo a interpretação subsidiária de Mânica<sup>11</sup> abre espaço para, considerado o SUS como um todo, atividades como o controle, a vigilância, a prevenção e a promoção serem enquadradas no percentual do público, para permitir que as atividades terciárias, de alta

complexidade (e altos custos também) possam ser livremente realizadas pelo privado, dentro de amplos limites da complementaridade.

Isso sequer é possível, já que a diretriz da complementaridade se dirige apenas aos serviços delegáveis, o que exclui de antemão do cálculo de seus limites o montante dos serviços exclusivos do SUS. E, ainda que se considerem apenas as atividades prestacionais que não demandem atos de gestão e poder de polícia, a interpretação sugerida por Mânica<sup>11</sup> é uma opção pela práxis de um sistema de saúde que não é único. Portanto, afasta o SUS do sentido da integralidade que rechaça a separação da gestão da prevenção com a da assistência médica no Brasil<sup>28</sup>, o que no passado recente sempre se deu pelos interesses do privado.

A proposta deste estudo é que o Estado mantenha a rede pública de forma preponderante em cada nível de atividade prestacional do SUS. Qualquer espectro de atividade, inclusive a da atenção terciária, não pode ser total ou majoritariamente orientado na lógica do privado.

Campos<sup>4</sup> afirma que houve uma concessão constitucional à participação do setor privado em relação à rede hospitalar, já que não restou determinada a estatização dos hospitais filantrópicos conveniados ao antigo INAMPS. Mas isso não significa que os serviços terciários estejam fora da abrangência da complementaridade. Não nacionalizar instituições privadas não quer dizer que elas possam continuar a ser contratadas ilimitadamente. O texto constitucional emanado dirige as ações governamentais para o futuro e impõe a complementaridade sem restrições.

Por isso, é imprescindível a presença dominante do público em cada um dos lugares do SUS, sob pena de inviabilidade de sua própria regulação nos termos do interesse público. Por presença dominante do público entende-se um quantitativo bastante superior a 50% da rede, porque este é um percentual de paridade, e o *público* do SUS deve ser preponderante e não paritário.

Com isso não se quer afirmar que cada especialidade ou procedimento deva ser minuciosamente considerado nesse cálculo. Mas o Poder Público é obrigado a manter serviços executivos (em cada nível de complexidade e de gestão) prestados em equipamentos próprios, por quadro de pessoal próprio e regidos pelo RJDPU, em percentual significativamente superior a 50%. Tal percentual deve necessariamente expandir-se, até que seja suficiente a

sustentar um SUS sob a lógica dos princípios que o regem, inclusive em suas relações com o privado, a garantir a orientação pelo interesse público, a continuidade dos serviços, a desprecarização do trabalho na saúde e o controle intrínseco às atividades da Administração Pública. E, por idênticas razões, na égide do Art. 24 da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, o SUS não pode abdicar de seu aparato estatal, transferindo-os à gestão do setor privado<sup>29</sup>.

Santos pontua que ainda existem fortes orientações da lógica privada no SUS – favoráveis aos interesses da oferta – que resultam em altos índices de ações de saúde desnecessárias<sup>8</sup>. Lechner, sobre o debate do público-privado na América Latina, afirma que o Estado não pode, nem mesmo ao assumir uma economia capitalista de mercado, deixar de regulá-lo, porque “o mercado por si só não gera nem sustenta uma ordem social. [...] o Estado não pode substituir o mercado nem pode ser substituído por ele”<sup>30</sup>.

Questões como o custo e a satisfação dos usuários do serviço de saúde não podem ser desprezadas. Mas a lógica do lucro e a saúde como produto são marcos decisivos para o setor privado. O SUS tem outro marco: almeja construir a justiça social.

Como diz Eros Grau “a Constituição, certamente, não é uma trincheira de defesa do povo contra – ou ante – o Estado. O inimigo não é o Estado, porém o Estado autoritário, a serviço de determinados interesses privilegiados”<sup>21</sup>. Eis um dos maiores desafios da democracia: assegurar a independência estatal diante do poder econômico.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A interpretação sobre os limites da diretriz da complementaridade à participação do privado no SUS só pode ser legitimamente construída à luz de seu elemento democrático e, portanto, não se pode desviar do contexto político de sua formulação.

A história do SUS traz a lembrança de que a formulação de seus princípios e diretrizes contrapôs-se a um sistema anterior dicotômico, excludente e marcado por uma forte influência privatista. Tendo tais razões por sustentáculo e considerando que a publicização do sistema implica a sujeição de seus serviços aos princípios de Direito Administrativo, o movimento

sanitário defendeu, na contramão das pressões por um modelo neoliberal, um sistema preponderantemente *público*, para ser informado pela justiça social.

Por isso, os limites subjetivos da complementaridade definem-se pelo regime jurídico adotado pelo prestador de serviços, devendo ser considerados privados todos os entes que não estejam integralmente sujeitos ao RJDPU, como as estatais de direito privado e o terceiro setor.

Quanto aos limites objetivos, embora se admita a delegação de atividades fim executivas do SUS, por certo que são indelegáveis serviços que envolvam poder de polícia e atos de gestão. Dessa forma, o cálculo da fatia do *complementar* da participação privada deve excluir tais atividades, considerando apenas as prestacionais, as quais deve o Poder Público assumir em percentual significativamente superior a 50%, em cada nível de gestão e complexidade, a fim de garantir um sistema que seja *público* o suficiente para evitar a precarização do trabalho na saúde e a dominação de mercado.

Mas se são essas as conclusões hermenêuticas dos limites da complementaridade, tem-se que o cerne dessa diretriz não se esgota na sua interpretação; vai além, até a sua práxis. E é pertinente perquirir até que ponto o Direito, ainda que legítimo, é suficiente para conter um projeto com tão poderosos alicerces, como é o da privatização de serviços públicos.

A resposta a essa questão tem a ver também com outra tarefa inconclusa: a de construir um SUS *público*, só que mais justo e mais eficiente, como sonhou o movimento sanitário. Eis um desafio que não diz respeito ao resgate do passado, mas ao exercício da cidadania em tempos muito atuais, nessa realidade em que se vive a liberdade, mas que faz pensar se, por vezes, as falsas democracias não calam mais do que as verdadeiras ditaduras.

## REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado; 1988.
2. Baptista TWF. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: Matta GC, Pontes ALM, organizadores. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz; 2007. p. 29-60.

3. Carvalho JM. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2006.
4. Campos GWS. O SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. *Cien Saude Colet* [periódico na Internet]. 2007 Nov [acessado 2012 jan 18]; 12(supl):1865-1874. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000700009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000700009&lng=en&nrm=iso).
5. Di Pietro MSZ. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas; 2011.
6. Mello CAB. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros; 2011.
7. Medauar O. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.
8. Santos NR. Sistema Único de Saúde de todos: o legal e o real. *Saúde em debate* 2011; 35(90):352-355.
9. Freitas PSS, Schwartz TD, Ribeiro CDM, Franco TB, Maciel ELN, Lima RCD. A percepção dos usuários sobre a oferta de programas de promoção da saúde e prevenção de doenças: o caso de uma operadora de autogestão. *Physis* 2011; 21(2):449-469.
10. Bercovici G. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin; 2008.
11. Mânica FB. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum; 2010.
12. Brasil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União* 2002; 11 jan.
13. Brasil. Decreto Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 1967; 27 fev.
14. Brasil. Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 1998; 05 jun.
15. Brasil. *Projeto de Lei Complementar nº 92 de 13 de julho de 2007*. Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público. [Internet]. [acessado 2011 jul 07]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360082>

16. Brasil. Medida Provisória nº 520 de 31 de dezembro de 2010. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. - EBSEH e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 2010; 31 dez.
17. Brasil. Lei nº 12.550 de 15 de dezembro de 2011. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 2011; 16 dez.
18. Di Pietro MSZ. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas; 2011.
19. Brasil. Lei nº 12.101 de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 2009; 30 nov.
20. Pereira LCB. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. *Revista do Serviço Público* [periódico na Internet]. 1998 Jan-Mar [acessado 2011 jan 31]; 49(01):5-42. Disponível em: [http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2888](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2888).
21. Grau ER. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1985.
22. Silva JA. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros; 2007.
23. Bonavides P. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros; 2008.
24. Coura AC. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos; 2009.
25. Souza WS. Participação popular e controle social na saúde: democratizando os espaços sociais e agregando capital social. In: Matta GC, Pontes ALM, organizadores. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz; 2007. p. 115-137.

26. Matta GC. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: Matta GC, Pontes ALM, organizadores. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz; 2007. p. 61-80.
27. Weiszflog W, organizador. *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos; 2004.
28. Mattos RA. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: Pinheiro R, Mattos RA, organizadores. *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. 6ª ed. Rio de Janeiro: IMS, UERJ/CEPESC/Abrasco; 2009. p. 43-68.
29. Brasil. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 1990; 19 set.
30. Lechner N. Reforma do estado e condução política. *Lua Nova* [periódico na Internet]. 1996 [acessado 2011 jul 07]; 37:33-56. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci_arttext)

#### 4.2 ARTIGO SEGUNDO: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE: LIMITES (IM) POSTOS AO PROJETO DE REFORMA DO ESTADO NA POLÍTICA DE SAÚDE

##### **RESUMO**

Este estudo analisa a constitucionalidade do modelo de prestação de serviços de saúde por Organizações Sociais no Sistema Único de Saúde à luz da diretriz da complementaridade. Traça um paralelo entre a política neoliberal de privatização de serviços públicos que influenciou a agenda estatal brasileira a partir da década de 90 e a expansão de direitos sociais prevista normativamente na Constituição Federal de 1988, sob a influência do modelo do Estado de Bem-Estar Social, ao qual subjaz à regra da complementaridade. Segue perscrutando a jurisprudência constitucional sobre o tema, utilizando o paradigma da aplicação do direito a partir de sua legitimação democrática. Os resultados a que chega demonstram que são inconstitucionais as transferências de execução de serviços de saúde para Organizações Sociais em quantitativo superior a uma participação que seja meramente *complementar*, bem como as que impliquem gestão de equipamentos públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organizações Sociais; Sistema Único de Saúde; complementaridade; inconstitucionalidade.

#### **(UN) CONSTITUTIONALITY OF THE SOCIAL ORGANIZATION MODEL AND THE DIRECTIVE OF COMPLEMENTARINESS LIMITS (IM)POSED TO THE PROJECT OF STATE HEALTH POLICY REFORM**

##### **ABSTRACT**

The present study aims at analyzing the constitutionality of the model of health services rendered by Social Organizations in the Brazilian Unified Health System in the light of the directive of complementariness. Under the influence of the welfare state model, which underlie the rule of complementariness, this study outlines the parallel between the neoliberal policy for privatizing public services — which influenced the Brazilian political agenda in the 1990s — and the expansion of social rights foreseen in the Brazilian Federal Constitution of 1988. It scrutinizes constitutional jurisprudence on the theme using the paradigm of law application based on its democratic legitimation. The results show that transferring health care service rendering to Social Organizations in amounts that are higher than mere

complementary participation is as unconstitutional as having these organizations manage public bodies.

**KEYWORDS:** Social Organizations; Brazilian Unified Health System; Complementariness; Unconstitutionality.

## **INTRODUÇÃO**

A (in) conformidade de um projeto político com uma norma constitucional vai além da discussão sobre sua validade jurídica. A Constituição em si, quando legítima, é o maior projeto político de um povo soberano: encarna a sua história, seus percalços, desejos e desafios.

A diretriz da complementaridade no Sistema Único de Saúde (SUS) é parte dos valores resultantes da democratização que precedeu a Constituição Federal de 1988 (CF/88), pautado marcadamente por uma sociedade civil em processo de organização, que trabalhava politicamente pela conquista de direitos sociais. A CF/88 é um divisor de águas para democracia brasileira e traz o diferencial da assunção normativa de um modelo estatal com forte influência do Bem-Estar Social.

A nova face do Estado Brasileiro em relação a suas tarefas sociais implica, inexoravelmente, o aumento da máquina estatal. E é nesse sentido que se erige a complementaridade no SUS, ao determinar que parcela preponderante de seus serviços seja prestada por entes de natureza pública.

A conquista brasileira de direitos sociais e políticos e a distinção do público e do privado não podem vistas de forma fragmentada. Trata-se de temas correlatos entre si que, ademais, têm seguimentos imbricados ao contexto político-econômico global, sempre apto a produzir implicações.

Por isso, apesar dos ganhos da Carta Constitucional de 1988, o Brasil não saiu ileso do movimento do neoconservadorismo, hegemônico no cenário internacional a partir da década de 1980. A imposição de um novo padrão capitalista transnacional no Pós Segunda Guerra Mundial e a oposição ao Estado de Bem-Estar Social como responsável por fracassos econômicos contribuíram para a difusão da proposta de Estado Mínimo neoliberal.

Ainda na década de 1980, surge a teoria da escolha pública, cuja concepção indica a focalização das políticas sociais nos seguimentos mais carentes da população, abrindo espaço para a atuação do próprio mercado na solução de tais questões ou, na hipótese de setores pouco atraentes, da própria sociedade civil, numa lógica de enaltecimento a valores tradicionais de solidariedade, que, contudo, não transpõem uma visão de cunho utilitarista (PAULA, 2005).

O novo contorno constitucional do Estado Brasileiro não comunga com o receituário do Consenso de Washington, mas as pressões para o ajuste fiscal e a Reforma do Estado foram tornando-se cada vez mais presentes. Ganharam espaço nos governos de Fernando Collor de Mello e de Fernando Henrique Cardoso (FHC) (BONAVIDES, 2008; PAULA, 2005), tendo sido apresentado, neste último, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), capitaneado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira.

O PDRAE é um programa de Reforma do Estado de caráter abrangente que contém elementos neoconservadores marcantes, como a proposta da transferência da execução de serviços sociais à sociedade civil, assunto que interessa discutir.

Tal objetivo deve ser atingido através do que o plano denominou um Programa Nacional de Publicização, efetivado no campo legal pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cujo escopo é transformar as estatais prestadoras de serviços públicos em Organizações Sociais (OSs) (BRASIL, 1995; 1998a). Apesar do evidente insucesso do PDRAE (REZENDE, 2002), têm sido cada vez mais frequentes, na praxe, as parcerias do Estado com OSs, especialmente na área da saúde.

Enquanto o PDRAE se sustenta no discurso neoliberal da privatização e da reforma econômica, os princípios e diretrizes do SUS – neles incluída a complementaridade – convergem para a figura do Estado de Bem-Estar Social, apresentando-se aí uma contradição de projetos políticos, cujo curso pode mudar os rumos da política de saúde brasileira.

Desse contexto, desponta o seguinte questionamento: A adoção do modelo de OSs no SUS se conforma à diretriz da complementaridade?

Este artigo resultou de uma pesquisa desenvolvida a partir de um estudo bibliográfico. Versa sobre uma investigação acerca da inconstitucionalidade do modelo de OSs em face da diretriz da complementaridade e de seus limites à privatização de serviços públicos de saúde. Trata-se de uma pesquisa em políticas sociais, uma vez que é correlata à discussão sobre o público e o privado e à análise de um princípio e uma diretriz de organização da política de saúde. Seu objetivo foi alcançado por meio de revisão de literatura e de uma busca exemplificativa da jurisprudência constitucional sobre o tema.

### **A (IN) COMPATIBILIDADE ENTRE O MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

#### **A PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E SUA ANTINOMIA AO MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E À DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Este artigo traz um recorte da análise sobre a constitucionalidade do PDRAE face à diretriz da complementaridade. O desenvolvimento desse tema, contudo, deve partir da constatação de que a proposta de privatização de serviços públicos faz parte de uma escolha por um modelo de Estado e de democracia.

Será que a privatização do SUS o caminho para alcançar o objetivo do projeto de seguridade social positivado na CF/88, que é a justiça substantiva?

A resposta a essa questão demanda um aprofundamento acerca do modelo do PDRAE (BRASIL, 1995), cuja proposta parte da premissa de que, além da reforma estrutural, seria necessária uma reforma do Estado, com seu afastamento da prestação dos chamados serviços não exclusivos, ou seja, dos serviços sociais. O provimento desses serviços caberia ao terceiro setor, com utilização dos princípios da administração gerencial, em substituição à burocracia estatal.

A transferência da execução de serviços públicos não exclusivos para a sociedade civil dar-se-ia por meio de “organizações públicas não-estatais” (PDRAE, 1995), entidades não lucrativas que seriam financiadas pelo Poder Público. Tais organizações, portanto, passariam a ser

responsáveis pela execução dos serviços sociais, antes realizados por entidades estatais, podendo, em decorrência, beneficiar-se com cessão de bens e servidores públicos.

Pereira (1997) negou seu alinhamento ao neoconservadorismo, reconhecendo seus danos sociais. Todavia, há diversos entendimentos no sentido de que o PDRAE guarda uma característica neoliberal (MELLO, 2011; BAPTISTA, MACHADO, 2007; PAULA, 2005).

Na medida em que se erige numa ótica que repassa ao mercado e à sociedade civil a questão da promoção da justiça social, o PDRAE reflete tendências neoconservadoras. Ademais, faz parte do todo de uma proposição que coincide com a cartilha do Consenso de Washington, incluindo medidas, tais como o ajuste fiscal, a privatização, a desregulamentação, o encolhimento estatal, a redução dos quadros de servidores públicos e a flexibilização de seus estatutos, a perda de garantias do sistema previdenciário e a capacitação da economia para concorrência internacional globalizada.

Santos (2007) e Silva (1996) afirmam a existência de um conflito entre as duas reformas iniciadas na década de 90: uma atrelada aos princípios e diretrizes constitucionais do SUS e, outra, comandada pela área econômica, orientada pela abertura econômica, rompimento com a lógica do bem-estar social, da cidadania e da seguridade social.

A CF/88 fala em *dever do Estado*, em *universalidade* e *integralidade* como nortes da política de saúde, conferindo-lhe um caráter de centralidade nas ações do Estado. Em disparidade, a proposição do PDRAE é excluir do rol das funções estatais a prestação de serviços garantidores de direitos sociais.

A leitura que se pode fazer de tais proposições é a apresentação de política de saúde que está fora dos objetivos nodais do Estado, sendo apenas uma função estatal subsidiária. Pereira (1998; 1997) chega a referir-se aos serviços sociais como *quasi-publicos*, devendo o Estado garantir que a sua produção seja apenas *razoavelmente atendida*. Nesse particular, prega a privatização das estatais produtoras de bens e serviços, salvo se o mercado não tiver condições de assumi-las, cabendo ao Estado *subsidiá-las*.

*Subsidiar* significa “ajudar, auxiliar, contribuir” (PRIBERAM, 2011). Está longe da noção de dever integral, de responsabilidade estatal. E cai em equívoco quem, como Ferrari e Ferrari

(2007), acredita que a solução para os problemas sociais está num *Estado Subsidiário*, que a título de estimular a gestão cidadã da coisa pública, se privatiza. Esse discurso evidencia a prevalência do critério do *interesse do mercado* em detrimento do da *demanda social* na condução da política pública.

Atrelada ao gerencialismo está uma visão do destinatário do serviço público como consumidor e não como cidadão. Pereira (1997) chega a considerar, como uma forma alternativa às dotações orçamentárias às OSs, que o “subsídio estatal” aos serviços sociais “pode ser dado diretamente, sob a forma de *vouchers*, ao cidadão, que com eles compra os serviços de educação e saúde que desejar” (Pereira, 1997, p. 19).

Ora, a noção de consumidor é bastante distinta da noção de cidadão. Direitos do consumidor são, de alguma forma, direitos obrigacionais e, portanto, demandam o adimplemento para se consubstanciarem. Direitos de cidadania não devem ser regulados num sentido de condicionamento excludente, e estão muito mais próximos da noção de universalidade. Considerar o usuário do SUS como consumidor é algo que se aproxima da negativa da gratuidade e da política de focalização.

O neoliberalismo, que Bonavides (2008) e Mello (2011) intitulam o *neocolonialismo*, apresenta muitas derivações. Algumas delas, como a contenção de gastos públicos com o social, contribuíram indubitavelmente para que a proposição da seguridade social na CF/88 não tenha ainda surtido os efeitos desejados.

Como relembra Boschetti (2003), as desigualdades sociais continuam abissais e um SUS marcado pela escassez de recursos, pela duvidosa qualidade de serviços e pela ampliação de esquemas privados afasta, cada vez mais, a previsão normativa de universalidade e de bem-estar social da realidade brasileira.

A política de financiamento da saúde, desde a década de 90, seguiu à tendência de estancar os gastos públicos, marcada por fatos como a desconsideração da indicação constitucional de 30% do orçamento da seguridade social para o SUS, a retirada da participação da contribuição previdenciária à saúde, o desvio de mais da metade da CPMF (Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira),

a aprovação Emenda Constitucional 29 (EC-29) e os investimentos públicos na medicina privada (SANTOS, 2008).

O boicote da política da saúde teve por resultante o comprometimento da efetivação dos princípios do SUS. Isso não é o que se pode chamar de atendimento ao interesse público, mas de submissão aos anseios de livre mercado que a Reforma, no fundo, pretendia defender.

Aliás, o tema do financiamento da saúde nos anos 90 merece um adendo. A descentralização é um princípio constitucional do SUS e também uma proposta da reforma administrativa. Sem dúvida, a nova ordem constitucional deseja aproximar a política de saúde da realidade local e do exercício da cidadania, mas não se presta a justificar a desresponsabilização financeira da União Federal, embora a descentralização venha sendo, lamentavelmente, utilizada também nesse sentido.

A privatização dos serviços de saúde definitivamente não é um modelo que se ajusta aos objetivos do projeto constitucional de equidade. Não se sustenta em premissas como o da universalidade e integralidade e tampouco num conceito de saúde como um direito de cidadania e dever do Estado.

A questão da publicização do SUS é uma opção política que comporta valores e objetivos claros. Implica uma escolha constitucional para que o SUS se erija como uma política de Estado, democratizante e constituinte da igualdade material: uma política de saúde constitucional que deve ocupar um lugar de centralidade no Estado, a tal ponto que seja intersetorial, fazendo com que seus princípios perpassem as tomadas de decisão em outras agendas (inclusive a econômica) e não o contrário.

#### A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE COMO ELEMENTO PUBLICIZANTE DO SISTEMA DE SAÚDE E A INAPLICABILIDADE DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO NO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Como afirma Bonavides (2008, p. 27), um “princípio magno e excelso, comum a todo regime constitucional legítimo, é, na forma, a unidade normativa da Constituição”. Tal coerência é o que permite estabelecer a superioridade hierárquica da lei constitucional, vista a partir seus conteúdos e valores.

É sabido que as normas constitucionais brasileiras destinadas a reger as atividades estatais têm um perfil burocrático evidente, na intenção de coibir práticas clientelistas. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e as derivações procedimentais decorrentes denotam a nítida tendência da Constituinte em distinguir a lógica do *público* da lógica do *privado*.

A diretriz da complementaridade representa a determinação constitucional de inserção preponderante dos serviços públicos de saúde no Regime Jurídico de Direito Público (RJDPU), deixando sob a sujeição da regulação de mercado e das regras do Regime Jurídico de Direito Privado (RJDPRI) apenas uma fatia complementar, minoritária, dos serviços prestados pelo SUS.

As OSs, quando prestam serviços ao SUS, estão sob regime de delegação. Sendo assim, embora se obriguem na relação contratual com o Poder Público e sofram algumas derrogações do RJDPRI, não têm suas atividades regidas integralmente pelo Direito Administrativo. A lei lhes confere a autonomia da vontade e a faculdade de se orientarem pela defesa de seus interesses institucionais, que não são necessariamente coincidentes com o interesse público.

Alguns autores que sustentam o discurso da reforma de Estado (FERRARI, FERRARI, 2007; PEREIRA, 1997; 1998) querem qualificar como democrática a privatização de serviços sociais. Partem da afirmação de que a aproximação da sociedade civil com o Estado contribuirá para maior controle social, porque favorece o equilíbrio entre a técnica e a política e torna o aparelho do Estado mais permeável à participação popular.

Todavia, como bem concluiu Paula (2005), tais argumentos baseiam-se em meras *idealizações*, porque as experiências brasileiras do gerencialismo não conseguiram alcançar um novo patamar de democratização, já que a tomada de decisão continuou centralizada no núcleo tecnocrático e os controles sugeridos não se manifestam na realidade.

A par do fracasso como elemento democratizante, o modelo das OS's passa ao largo dos mecanismos burocráticos de controle da corrupção. Para Di Pietro (2011, p. 513, grifo da autora), a proposta do PDRAE é “um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o aparelhamento do poder público” e “fica nítida a

intenção do legislador em instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público”.

A fiscalização da execução do contrato de gestão foca-se no cumprimento das metas e objetivos pactuados, de forma que o controle que sobre ela se exerce é preponderantemente *de resultado*. Isso significa que, embora a eficiência seja um critério enaltecido, não há estímulo a uma fiscalização que seja intrínseca à gestão das OSs.

A Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 (BRASIL, 1998b), previu a dispensa de licitação para celebração de contrato de prestação de serviços com OSs e para o recebimento de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento das obrigações pactuadas na parceria, além da possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a origem.

Como as OSs se prestam a absorver atividades de órgãos públicos ou estatais, não há exigência de que comprovem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos que, de regra, condicionam a contratação com o Poder Público, para garantir qualificação técnica e financeira na gestão da *res publica*.

Trata-se de entidades constituídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais [...] São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público (DI PIETRO, 2011, p. 513).

Uma vez formalizada a parceria, estão as OSs dispensadas também de contratar pessoal mediante concurso público e comprar bens e serviços por licitação. E, ainda que se submetam à fiscalização dos Tribunais de Contas, há entendimento (FERRARI, FERRARI, 2007) no sentido de que não são obrigadas a observar os parâmetros de controle fiscal, contábil e financeiro previstos nos artigos 71 a 75 da CF/88 (BRASIL, 1988).

A licitação e o concurso público são, indubitavelmente, mecanismos que possibilitam a aplicação da moralidade e da impessoalidade nos atos da Administração Pública. E um prestador privado que, embora não tenha fins lucrativos, não raro guarda uma dependência econômica e política do Poder Público, abre perigosamente espaço a uma influência

patrimonialista na sua gestão, ainda mais considerando que aqui não se aplica em sua plenitude o princípio da publicidade.

O problema da fragilidade do controle nas OSs é agravado pelas dificuldades históricas que vêm sendo encontradas para uma regulação dos serviços de saúde complementares do SUS. Siqueira e Bussinguer (2010) apontam que os novos modelos de acesso a tecnologias aumentaram a preocupação com a capacidade do Poder Público em garantir a supremacia de seus interesses na relação com seus prestadores privados, o que “nem sempre ocorre com tranquilidade, pois a regulação mexe com os interesses das diferentes representações, o que leva a disputas [...]” (p. 296).

Em relação ao princípio da eficiência, este que seria o objetivo nodal da prestação de serviços públicos pelas OSs, longe de contestar o potencial da administração gerencial em prover a otimização lucrativa de serviços, deve-se questionar apenas se o conceito de eficiência da lógica privada deve ser o mesmo do da pública. Ser eficiente num setor privado atravessado pela hegemonia biomédica e pela medicalização é diferente de ser eficiente para a promoção da saúde; que deve ser humanizada, integral, autonomizadora e emancipatória.

Essas considerações esclarecem algumas razões pelas quais a CF/88 demarcou o espaço da prestação dos serviços de saúde entre o *público* e o *privado*. Ainda que se admitam razões também válidas para o modelo do privado, é preciso objetar que as escolhas constitucionais não são, como podem supor os liberais, fruto apenas de uma racionalidade universal. São o sumo de uma vontade política legitimadora, que é a vontade do povo. E é este o debate que segue.

#### DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE E DA (I) LEGITIMIDADE DA PROPOSTA DO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

“[...] Para a surpresa dos liberais, ao realizarem suas revoluções, um novo ator político entrou em cena: o poder constituinte do povo, incontrolável e ameaçador” (BERCOVICI, 2008, p. 45).

Bercovici (2008), Bonavides (2008) e Coura (2009) – este último resgatando as idéias de Habermas – enfatizam a necessidade de compatibilização do constitucionalismo liberal com

um novo sentido de democracia e reafirmam a questão da necessária legitimidade do sistema jurídico.

A norma jurídica deve observar os procedimentos de elaboração democrática e somente será “legítima quando existir correspondência entre o preceito nela consubstanciado e o sentido normativo consentido pela sociedade” (GRAU, 1985, p. 24). “Não basta ser democrática quanto a sua forma de elaboração; quer-se que seja também quanto a sua origem e ao seu conteúdo” (SILVA, 2007, p. 43).

A CF/88 afirmou a saúde na categoria de direito fundamental social e a tal prescrição atrelou a execução de uma política pública pelo Estado: o SUS. A formulação dos princípios e diretrizes desse novo sistema refletiu um projeto da própria sociedade civil, organizada à época da transição democrática no movimento sanitário.

Uma das bandeiras centrais do movimento sanitário era o fortalecimento do setor público de saúde (BRASIL, 1987), em oposição à nefasta influência que o mercado exercia na política de saúde até então. Da tensão entre diferentes perspectivas de sociedade resultou a diretriz da complementaridade, expressa no artigo 199, § 1º da CF/88 (BRASIL, 1988), limitadora da participação privada no SUS.

Se a análise da legitimação democrática da complementaridade se sustenta historicamente, o mesmo não se dá com o projeto de privatização dos serviços do SUS. A uma porque confronta diretamente uma norma constitucional. A duas, porque é, em si, ilegítima.

A CF/88 é clara na assunção de um sistema de saúde com caráter preponderantemente publicístico, e a diretriz da complementaridade evoca nitidamente a interpretação de que ao privado não se deve reservar a maior fatia dos serviços públicos de saúde. Tem-se então, de um lado, a imposição do dever estatal de prestação de serviços públicos de saúde e, de outro, um projeto de repasse desses serviços ao particular. A antinomia é evidente.

O modelo das OSs também não guarda consonância com outros tantos consectários da Administração Pública que foram estabelecidos legitimamente pelo texto constitucional, tais como o regime jurídico, a estabilidade dos servidores públicos e o sistema de concursos para ingresso nos quadros do aparelho estatal.

Pereira (1998, p. 12) não apenas reconhece tal antinomia, como faz uma crítica ao poder constituinte e ao movimento social que o legitimou, intitulado o processo da transição democrática de “uma espécie de euforia democrático-populista”, como se a sociedade civil fosse ingênua e sem condições de autodeterminação política.

Para além das inconformidades com a Constituição, o PDRAE também não encontrou eco na opinião pública da sociedade civil ao tempo de sua formulação.

A reação imediata dos funcionários civis, dos intelectuais e da imprensa, foi fortemente negativa. [...] Passados alguns meses, contudo, os apoios começaram a surgir, a partir dos governadores estaduais, dos prefeitos, dos empresários e, finalmente, da opinião pública. De repente, a reforma passava a ser vista como necessidade crucial, não apenas interna, mas exigida também pelos investidores estrangeiros e pelas agências internacionais (PEREIRA, 1997, p. 6).

Relembrando os ensinamentos de Habermas, numa democracia é a opinião pública a verdadeira fonte legitimadora do direito. A esfera pública e o complexo parlamentar devem ser o lado *input*, a partir do qual o poder social fundamenta o processo legislativo e a ação estatal. Mas há, ainda, o lado *output*, consistente na “resistência dos sistemas formais das grandes organizações que fazem valer seu poder no processo de implementação” da política pública (HABERMAS, 2003, p. 58).

No caso do PDRAE, parece ter havido o que Habermas (2003) chama de *output*, ou o que, para Bonavides (2008), são os bloqueios da classe dominante, ou seja, uma pressão ideológica externa, feita por aqueles a quem interessa a existência do duplo sistema, no sentido de influenciar a política de saúde brasileira na contramão do texto constitucional legitimado democraticamente e da posição da sociedade civil. Nesse sentido, Paula (2005) reconhece uma série de contradições no aduzido consenso referente à reforma do Estado.

A demonstrar a oposição da sociedade civil, tem-se que o Conselho Nacional de Saúde, instância máxima de deliberação da política de saúde, posicionou-se contrariamente à terceirização dos serviços públicos de saúde, compreendendo as OSs como uma iniciativa que atenta contra os princípios e diretrizes do SUS, conforme Deliberação nº 001/2005 (CNS, 2005). No mesmo sentido, o Conselho Municipal de Saúde de São Paulo, pela Resolução nº

45/05-CMS (CMS-SP, 2005) e a Moção 28 do Relatório da 14ª Conferência Nacional de Saúde (BRASIL, 2012).

Resultado disso foi que, para além da notória inconstitucionalidade das prescrições que implicam transferência de serviços SUS à sociedade civil, o modelo das OSs não teve o que precisava: legitimidade social. A sua formulação foi resultante de um jogo de influências do qual saíram vencedores o mercado financeiro e a indústria da saúde. Eis um exemplo de direito ilegítimo. E “sem legitimidade, o direito é injusto” (BONAVIDES, 2008, p. 39).

### **LIMITES CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO SUS E A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA**

O que se pretende defender no presente ensaio não é a inconstitucionalidade da criação e instituição das figuras jurídicas das OSs, tampouco da possibilidade de prestação de serviços sociais por tais entidades, mas a limitação da utilização de tal modelo no SUS pela diretriz da complementaridade.

O Poder Público é obrigado a manter serviços executivos (em cada nível de complexidade e de gestão) prestados em equipamentos próprios, por quadro de pessoal próprio e regidos pelo RJDP, em percentual significativamente superior a 50%. Tal percentual deve necessariamente expandir-se, até que seja suficiente a sustentar um SUS sob a lógica dos princípios que o regem e a garantir a orientação pelo interesse público, a continuidade dos serviços, a desprecarização do trabalho na saúde e o controle intrínseco às atividades da Administração Pública. Por idênticas razões, sob a égide do artigo 24 da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), o SUS não pode abdicar de seu aparato estatal, transferindo-o à gestão do setor privado.

O Poder Judiciário, instado a se manifestar sobre a complementaridade, deixou algumas vezes de enfrentar diretamente a questão da possibilidade de terceirização de serviços públicos de saúde, solucionando os conflitos que lhe foram apresentados com base em outros fundamentos, a exemplo do caso do Rio Grande do Norte, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, processo nº 2010.006976-8 do TJRN (RIO GRANDE DO NORTE, 2011) e pela Ação Civil Pública nº 0023766-04.2010.8.20.001 da 5ª Vara da Fazenda Pública

de Natal (NATAL, 2011) e do caso de São Paulo, pela sentença proferida na Ação Civil Pública, processo nº 2006.61.00.009087-9, da Justiça Federal de São Paulo (BRASIL, 2009).

Alguns precedentes, contudo, já analisaram a questão da privatização de serviços de saúde. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que tais serviços não podem ser terceirizados, por se tratar de atividades próprias, típicas e fundamentais do Estado, equiparando-os aos de Segurança Pública e de Justiça (BRASIL, 2001). Tal julgamento confundiu as conceituações de serviços públicos de saúde próprios com exclusivos e desconsiderou genericamente a possibilidade de terceirização, o que não está coerente com a regra da complementaridade, a qual admite a participação do setor privado no SUS, ainda que em medida minoritária.

O Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos da Apelação Cível nº 426165-4, exarou entendimento mais coerente, no sentido da impossibilidade de terceirização do único hospital público municipal de Pelotina, uma vez que sua transferência à iniciativa privada implicaria violação à diretriz da complementaridade (PARANÁ, 2008).

Posicionamento jurisprudencial central é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 do Distrito Federal – ADI 1923-5 (BRASIL, 1998c), originada de questionamento acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 perante o Supremo Tribunal Federal. As inconstitucionalidades suscitadas pelos autores da ADI 1923-5 são diversas, entre as quais a ofensa aos deveres estatais de prestação de serviços públicos de saúde.

A manifestação do relator Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011a) conforma-se ao conteúdo da complementaridade. Contempla a conclusão de que os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo particular, mas apenas em caráter complementar, o que significa que ao poder público é vedado afastar-se integralmente da prestação direta desses serviços. O voto foi pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 que autorizam a absorção das atividades, com respectivos equipamentos e recursos humanos por OSs.

O voto subsequente exarado na ADI 1923-5 está na linha diametralmente oposta. O Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011b) analisou a saúde como um serviço da competência tanto do Estado como *da sociedade* e entendeu que não há inconstitucionalidade no repasse da execução de serviços de saúde pelo Estado às OSs.

O argumento de Fux é que a escolha sobre o modelo de intervenção do Estado no domínio social e econômico (direto ou indireto) é livre aos agentes políticos legitimamente eleitos. Justifica a sua interpretação elástica de irrestrita possibilidade de terceirização de serviços públicos, aduzindo que tais políticas teriam sido legitimadas *na eleição* do governo FHC e nos critérios formais de aprovação da Lei da OSs. (BRASIL, 2011b).

A posição de Fux pressupõe que o texto constitucional deve ser maleável a novos projetos políticos e sugere uma interpretação meramente procedimental da constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais e de questionável discricionariedade.

É preciso lembrar com Bonavides (2008) que:

A legitimidade formal, despolitizada, posta em bases procedimentais, desmembrada de seus conteúdos valorativos, se encaixa bem nos desígnios subjacentes aos interesses neoliberais, por servir-lhes de antemuro, de escudo às suas posições contra-ideológicas, de suposta e falsa neutralidade (p. 34).

Se estivermos a tratar de um Estado Democrático de Direito, a interpretação do texto constitucional pelo Poder Judiciário não pode fugir de sua normatividade, dos valores que seu texto realmente se propõe a traduzir. Bonavides (2008) adverte que o controle da constitucionalidade há que combinar a autoridade da judicatura dos tribunais com a da cidadania popular.

Pedra (2005) descreve a aparente tensão que há entre a democracia e o constitucionalismo, exposta no paradoxo da vinculação da vontade de futuras gerações a um texto normativo. Mas reafirma que “sem Constituição não há democracia” (PEDRA, 2005, p. 274). É que o momento de formação da vontade popular no plano da organização do sistema político constitucional pressupõe um nível muito mais intenso de mobilização popular, que não pode ser comparado ao da tomada de decisão ordinária de juízes e legisladores.

Neste ensaio já se discorreu acerca do substrato legitimador da complementaridade: a publicização do sistema, a submissão da prestação de serviços do SUS ao RJDPU e a nítida intenção de reduzir o potencial político de influência do privado na gestão da política de

saúde. Nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Fux significa, em verdade, uma proposta de desconsideração do texto constitucional e ao processo legislativo democrático que o formulou.

De mais a mais, também sob o prisma da legitimação atual, a interpretação do voto do Ministro Fux não se poderia justificar, uma vez que a política de terceirização de serviços públicos não encontra eco na representação popular direta, traduzida nas Conferências de Saúde, nos Conselhos de Saúde, na posição dos trabalhadores de saúde, dos servidores públicos e de boa parcela dos intelectuais.

O que se espera da continuidade do julgamento da ADI 1923-5 é o que se espera de uma Jurisdição Constitucional num Estado Democrático de Direito: que se aplique a Constituição Federal, conferindo-lhe uma interpretação que possa encontrar estofo nos canais próprios de legitimação do sistema. A complementaridade não pode, nessa linha, ser interpretada como uma vedação radical à privatização de serviços, mas também não é possível deixar que seja solapada pelos ventos de projetos políticos inconstitucionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

“O quebrantamento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidades”  
(BONAVIDES, 2008, p. 28).

São dois os espíritos da Constituição a que se refere Bonavides (2008): a unidade e a legitimidade.

O liberalismo padeceu nas iniquidades do capitalismo e no fracasso da mera formalidade de suas estruturas democráticas. Sobreviveu a democracia, com a tarefa de efetivar-se. Por isso, nenhuma interpretação constitucional é possível se não for legítima, e nenhuma interpretação é legítima se não carregar consigo o dogma da justiça social.

A CF/88 promulgou-se com um forte elemento de bem-estar social e, nessa linha, foram erigidos os contornos do SUS, especialmente a diretriz da complementaridade. Tais escolhas constitucionais encontram lastro social na posição dos movimentos da sociedade civil de

então, que lutavam por uma política universal e fortemente *pública* e que resistiram às pressões internacionais, já então marcantes, pela acolhida do modelo neoliberal.

A década de 1990 trouxe para a agenda política brasileira algumas tendências neoconservadoras, como a proposta de transferência de execução de serviços públicos de saúde para o terceiro setor, na figura das denominadas OSs. Tal modelo expressa uma preferência pelo Estado Mínimo, que trabalha na lógica do mercado e se desonera das tarefas sociais, que restam repassadas à sociedade civil. Não se compraz, portanto, ao projeto de bem-estar social subjacente à formulação do SUS.

A proposição da transferência da prestação dos serviços de saúde para OSs é em verdade uma burla ao RJDPU e é tanto desconforme à regra da complementaridade – que veda justamente a privatização do SUS – quanto ilegítima, já que não encontrou eco na opinião da sociedade civil, sendo resultante de um jogo de interesses da indústria da saúde e das agências internacionais.

A jurisprudência pátria ainda titubeia sobre o tema, sendo central o julgamento da ADI 1923-5, cujo objeto é a definição sobre a constitucionalidade da Lei das OSs e que ainda se encontra em curso com votos divergentes. A posição deste ensaio é que a jurisdição constitucional faça valer o conteúdo normativo dos dispositivos da Lei Maior, sob o prisma de sua correspondente legitimação democrática.

Nesse sentido, devem ser consideradas inconstitucionais quaisquer proposições que impliquem violação aos limites da complementaridade, ou seja, à obrigação do Poder Público de manter serviços de saúde (em cada nível de complexidade e de gestão) prestados em equipamentos próprios, por quadro de pessoal próprio e regidos pelo RJDPU, em percentual significativamente superior a 50%, sendo também vedada a cessão do aparato estatal e de sua gestão ao setor privado.

A privatização dos serviços de saúde é um vértice que conduz a horizontes mais amplos do que se imagina: largos para o privado, mas profundos para o social. Antes de dizê-la possível, é preciso objetar que o SUS legitimado democraticamente é eminentemente *público*, porque tem um sentido de ser *para todos*, na coerência do paradigma de Estado eleito pela Constituinte de 88. Modelos diversos do SUS constitucional – como o das OSs –

desconsideram o que representa o conceito de soberania popular e, se acolhidos, deixarão para a sociedade brasileira, mais uma vez, a herança de rastros detrimientosos das escolhas que são *de poucos e para poucos*.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira. O Legislativo e a saúde no Brasil. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). *Políticas de Saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, jan. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso)> . Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, Brasília, 1986. Relatório final. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em 10 jan. 2012.

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

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do Estado*. Brasília: Presidência da República/MARE, 1995.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 maio 1998a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 maio 1998b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9648compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648compilada.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, Brasília, DF, 01 dez. 1998c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PET no. 200101000042297/MA, da Corte Especial, Brasília, DF, 04 de junho de 2001. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública, processo nº 2006.61.00.009087-9, da 3ª Região Tribunal Regional Federal, São Paulo, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[www.trf3.jus.br/](http://www.trf3.jus.br/)>. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vista ao Ministro da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, Brasília, DF, 31 mar. 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vista ao Ministro da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, Brasília, DF, 19 maio 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO PAULO. Resolução nº 45/2005, de 23 de junho de 2005. São Paulo. 2005. Disponível em: <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/conselho\\_municipal/index.php?p=6027](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/conselho_municipal/index.php?p=6027)>. Acesso em: 10 jan 2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil). Deliberação nº 001/2005, de 10 de março de 2005. Brasília, DF. 2005. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/deliberacoes/deliberacoes\\_internas06.htm](http://conselho.saude.gov.br/deliberacoes/deliberacoes_internas06.htm)>. Acesso em: 10 jan 2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil). *Relatório final da 14ª Conferência Nacional de Saúde: todos usam o SUS: SUS na seguridade social – política pública, patrimônio do povo brasileiro*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GRAU, Eros. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- NATAL. Fazenda Pública de Natal. Ação Civil Pública nº 0023766-04.2010.8.20.001. da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, Natal, 02 de maio de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/>>. Acesso em: 23 de nov. 2011.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 426165-4, da 5ª Câmara Cível do Paraná, Curitiba, 17 de junho de 2008. Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 07 jul. 2011.
- PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. reimprRio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana Pedra. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, v. 1, n. 1, jan.-abr. 1997.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, v. 1, n. 1, jan.-mar. 1998.
- PRIBERAM. *Dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Priberam Informática, 2006. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>>. Acesso em: 07 jul. 2011.
- REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham?. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 17, n. 50, out. 2002.
- RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). Ação Direta de Inconstitucionalidade, processo nº 2010.006976-8, da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, Natal, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mar.-abr. 2007.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Política pública de saúde no Brasil: encruzilhada, buscas e escolhas de rumos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, suppl. 2, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVA, Marta Zorzal e. *Globalização, neoliberalismo e democracia: impasses e paradoxos na agenda da democracia contemporânea?* 1996. Paper para disciplina Tema de Análise Política do Brasil Pós-64 (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. (mimeo)

SIQUEIRA, Márcia Portugal; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A saúde no Brasil enquanto direito de cidadania: uma dimensão da integralidade regulada. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 8, p. 253-309, jul.-dez. 2010.

### 4.3 ARTIGO TERCEIRO: A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A COMPLEMENTARIDADE: REFLEXOS DO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL NA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

#### **RESUMO**

Analisa possíveis impactos do modelo de Organizações Sociais (OSs) na participação social na política de saúde, a partir da interface entre a diretriz da complementaridade e o princípio da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde (SUS). Traça um paralelo entre os papéis que pode representar a sociedade civil conforme o modelo de democracia adotado, contrastando-os com os projetos políticos, respectivamente, da Constituição Federal de 1988 e do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE). Compreende uma pesquisa exploratória, descritiva, desenvolvida num estudo bibliográfico de revisão de literatura. Conclui que o modelo de OSs é potencialmente causador de prejuízos à participação social no SUS, tendo por possíveis efeitos a desarticulação de atores sociais e o afrouxamento do controle da moralidade. Nesse contexto, a complementaridade apresenta-se como obstáculo jurídico à privatização dos serviços de saúde e importante elemento para a democratização da política de saúde.

**Palavras-Chave:** Sistema Único de Saúde. Complementaridade. Participação da comunidade. Organizações Sociais.

### SOCIAL PARTICIPATION AND COMPLEMENTARINESS: REFLECTIONS OF THE SOCIAL ORGANIZATION MODEL ON THE ROLE OF CIVIL SOCIETY IN PUBLIC HEALTH POLICIES

#### **ABSTRACT**

This study aims at analyzing the possible impacts of the Social Organization model of social participation on public health policy, based on the interface between the complementariness directive and the principle of community participation in the Brazilian Unified Health System (SUS). It outlines a parallel between the different roles that civil society can play according to

the adopted model of democracy, contrasting them to the following political projects: Brazilian Federal Constitution of 1988 and Master Plan for Reforming the State Apparatus (PDRAE), respectively. This is a descriptive exploratory research investigation developed based on a literature review study. It is concluded that the Social Organization model is the potential cause of damages to social participation in the Brazilian Unified Health System. Its possible effects are disruption of social actors' interaction and loosening of morality control. In this setting, the directive of complementariness is a juridical obstacle to the project of health service privatization and an important element for democratizing health policy.

**Keywords:** Brazilian Unified Health System. Complementariness. Community participation. Social Organizations.

## INTRODUÇÃO

“Sem cidadania não se governa” (BONAVIDES, 2008, p. 36)

Por mais louvável que seja o conteúdo do princípio da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde (SUS), é ingenuidade acreditar que a inserção da sociedade civil na política de saúde se satisfaz com a normatização de instâncias de participação popular na gestão da coisa pública.

Há outros mecanismos no arcabouço do SUS que indiretamente permitem que a sociedade civil se insinue em seus meandros. Assim são a acolhida da proposta de promoção da saúde e a descentralização que, por aproximarem a gestão de saúde das comunidades, acabam por inserir as populações na tarefa de formular e implementar políticas públicas locais.

Entretanto, há um outro norteador da política de saúde – sobre o qual pouco se fala em termos de sua faceta democrática – que não pode ser olvidado quando o assunto é promover democracia. É a diretriz da complementaridade, que limita a participação do setor privado no SUS.

Discutir a complementaridade não parece, num primeiro olhar, ter pertinência com a questão da democratização da política de saúde. Leva a crer tratar-se apenas de um nó relativo à qualidade de serviços postos à disposição da população, havendo, sobre tal tema, diversos

estudos (ANDRADE; MELLO, 2006; CARNEIRO JÚNIOR; ELIAS, 2006; CARDOSO, 2004).

Mas a controvérsia não se circunscreve a isso. Questões como o tamanho da máquina estatal, os serviços que acolhe e o espectro de sua intervenção na vida social são elementos importantes na configuração do modelo de Estado e da forma de exercício de democracia de um povo.

Abrir o leque de correlações do público/privado no SUS com a democracia introduz uma discussão sobre os impactos do neoliberalismo na transformação das configurações estatais, inclusive na América Latina, nas últimas décadas do século passado. O discurso neoliberal colocou todas as culpas pelas crises econômicas no modelo do Estado de Bem-Estar Social, tachando-o de demasiadamente grande, interventor e ineficiente. Propôs a sua redução e a liberalização econômica como as tábuas de salvação para os males da burocracia.

No Brasil, tal tendência encontrou eco na privatização de serviços sociais proposta pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE), cujo intento foi a transferência da execução dos serviços “não exclusivos” a entidades do terceiro setor, denominadas Organizações Sociais (OSs) (BRASIL, 1995).

Lechner (1996), ao analisar as transformações do Estado pela cartilha neoliberal, traz à baila que o Estado Mínimo, meramente “regulador”, não foi capaz de dar conta da nova conformação das relações sociais, da consciência de cidadania que emerge de demandas cada vez mais profundas e de integrar os planos *bem-estar x integração social e estado x democratização*.

Questiona-se, então, qual o impacto da estratégia de privatização de serviços públicos de saúde em relação ao papel conferido à sociedade civil no SUS? E, nesse contexto, como se insere a diretriz da complementaridade?

## **METODOLOGIA**

Este artigo resultou de uma pesquisa exploratória, descritiva, que se desenvolveu a partir de um estudo bibliográfico. Trata-se de uma pesquisa em políticas sociais, uma vez que é

correlata à investigação sobre a questão dos serviços de saúde, participação social e organização do público x privado na gestão dessas políticas.

Seu objetivo foi alcançado por meio de revisão de literatura sobre o tema.

## OS DIFERENTES PAPÉIS DA SOCIEDADE CIVIL: MOBILIZAÇÃO POLÍTICA OU SOLIDARIEDADE?

Não é nada pacífica a intersecção entre o domínio do público e do privado. E também não o é o lugar da sociedade civil dentro desse contexto, uma vez que, inobstante haja um razoável consenso quanto à sua imprescindibilidade à democracia, a ciência política vem debatendo-se historicamente na busca da resposta sobre qual deva ser seu melhor espaço.

Keane (2001, p. 14), ao discorrer sobre a distinção entre o domínio estatal e não estatal da sociedade civil, levanta a seguinte questão: “Para que finalidades intelectuais e políticas pode a distinção ser utilizada, e a que interesses intelectuais e políticos pode ela servir?”.

Como ensina Habermas (2003), o papel a ser desempenhado pela sociedade civil é determinante nos modelos de democracia. Para o modelo liberal, é utilitarista e formal. Para o republicano, é autogestor e, para a teoria do discurso, é de influência na política pública. Em qualquer caso, o lugar que ocupa a sociedade civil, os valores que subjazem à sua atuação e as tarefas que desempenha são diferenciais para a democracia resultante.

No presente artigo, as vertentes de modelo democrático a serem discutidas são a uma, a participação da comunidade no SUS, posta na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e na Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990), que apresenta derivações inclusivas de novos atores sociais na política da setorial saúde, e a duas, o seu contraponto exposto no pensamento neoliberal que, emergente no Brasil nos anos 1990, tende a influenciar significativamente a construção da cidadania neste País.

A formulação do modelo constitucional de gestão do SUS tem raízes no movimento da reforma sanitária: uma composição de movimentos sociais organizados, que fez renascer uma sociedade civil brasileira como lugar de debate da política e com aptidão de influenciar os rumos da agenda estatal.

As intenções democratizantes da reforma sanitária foram expressas no princípio da participação da comunidade, previsto no Art. 198, inciso III, da CF/88 (BRASIL, 1988). Na sua esteira, institucionalizaram-se Conselhos e Conferências de Saúde, lugares propícios à emergência de conflitos, demandas e pontos de vista plurais: um estímulo à inclusão de grupos da população no espaço estatal.

Para o sucesso da proposta constitucional de participação da comunidade no SUS é importantíssima a organização politizada da sociedade civil, seja nos movimentos sociais, nas chamadas Organizações Não Governamentais (ONGs), seja em outras iniciativas possíveis.

A partir do quadro delineado constitucionalmente, as ONGs têm protagonizado um papel de participação política. São portadoras de um potencial de construção de redes e um terreno fértil à acumulação e distribuição de informações; têm pontos acumulados nas ações de empoderamento de populações excluídas e qualificam-se como um canal de comunicação da sociedade com a burocracia. Além disso, não raro desempenham atividades de proposição e acompanhamento legislativo das questões relativas às causas que defendem (PINTO, 2006).

Todos esses aspectos têm muito a ver com a formação de uma esfera pública realmente inclusiva, capaz de influir no aparelho estatal, com vistas a satisfazer os reclamos que sejam caros às populações. E é este o projeto do princípio da participação da comunidade, a acolhida de uma democracia participativa no SUS: “[...] democracia da concretude e da realidade e não do sonho e da utopia, [...]; democracia da cidadania e não do súdito branco, o suposto cidadão dos regimes representativos” (BONAVIDES, 2008, p. 38).

Mas a inserção da sociedade civil na política pública é também argumento, *a priori*, utilizado pelo discurso neoliberal, aliás, como o próprio sustentáculo teórico da privatização de serviços públicos. Daí emerge um modelo de democracia em que o Estado é mínimo, o mercado é o regulador principal das relações e resta à sociedade civil uma responsabilidade pelo provimento de serviços sociais, numa lógica de enaltecimento a valores morais tradicionais de solidariedade.

No Brasil, a expressão do modelo neoliberal de gestão de serviços públicos foi o PDRAE. Proposto pelo governo Fernando Henrique Cardoso, pauta que é necessária uma redução do Estado e, entre outras questões, propõe o deslocamento da execução dos chamados “serviços não exclusivos” – serviços sociais – para o privado, mais especificamente para a sociedade civil, representada na figura das OSs. A sociedade civil ganha uma participação política de

cunho assistencial, como executora solidária com o Estado na realização de direitos humanos, estratégia que o discurso da reforma pressupõe guardar um potencial democratizante (FERRARI; FERRARI, 2007; DAGNINO, 2004).

Entretanto, o papel da sociedade civil proposto pelo PDRAE é distinto daquele que lhe foi conferido constitucionalmente. Um é de “gestão”; outro é de “execução”. Uma coisa é falar em formação de esferas públicas capazes de dar voz e poder de influência à sociedade; outra diversa é transferir responsabilidades estatais para o setor privado.

Se os referidos projetos políticos são distintos, devem ser analisados em seus exatos limites e com as consequências que lhes são próprias.

Seria tolo achar que só há um caminho para a democracia. A história mostra que não é assim. [...] Mas é razoável supor que caminhos diferentes afetem o produto final, afetem o tipo de cidadão e, portanto, de democracia, que se gera (CARVALHO, 2006, p. 220-221).

Dagnino (2004, p. 95, grifo do autor) sugere que, na verdade, o que há é “[...] uma *confluência perversa* entre um projeto político democratizante, participativo, e o projeto neoliberal”, estando, de um lado, a proposta que resultou do restabelecimento da democracia formal, abertura partidária, eleições livres e instâncias de democracia direta e, de outro, o ajuste neoliberal produzido no Consenso de Washington, que isenta progressivamente o Estado de seu papel de garantidor de direitos, repassando-o à sociedade civil.

Ressalta Dagnino (2004) que, entre os consectários do projeto neoliberal, está a redefinição da noção de sociedade civil. O significado emergente evidencia-se no novo papel desempenhado pelas filantrópicas e pela marginalização dos movimentos sociais. O enaltecimento das funções de “responsabilidade social” faz surgir uma participação social cada vez mais voltada à prestação de serviços sociais.

Sociedade Civil passa a ser sinônimo de terceiro setor. Cidadania passa a ser sinônimo de solidariedade.

Mesmo os autores que, como Carvalho (2006) e Pinto (2006), enaltecem o lado positivo da multiplicação das ONGs – ligado à propagação de uma linguagem universal humanitária e à contribuição para solução de problemas sociais – reconhecem que essas organizações se multiplicaram e foram aos poucos substituindo os movimentos sociais urbanos.

O problema é que as ONGs não podem ser vistas como uma evolução dos movimentos sociais e não são aptas a substituí-los. A organização das ONGs gira em torno da execução de um projeto específico e financiado, o que pode levar “[...] a um processo de auto-referência muito grande, no qual a reprodução como organização tenha quase tanta centralidade como a causa que defende” (PINTO, 2006, p. 6). Tais características fazem com que as ONGs estejam menos abertas ao ativismo político espontâneo, voltando seus esforços na manutenção de projetos meramente assistenciais, o que normalmente implica a dependência de entes financiadores.

Quando entidades sem fins lucrativos tomam para si a tarefa de execução de uma política pública como a de saúde, e isso é um fenômeno comum no Brasil, não o fazem apenas com recursos próprios. Trata-se de algo vultoso e, inexoravelmente, há a injeção de recursos externos a garantir a prestação dos serviços que são de obrigação do Estado. Para tanto, as entidades devem ampliar-se e aparelhar-se e, com isso, na exata proporção em que são prestadoras de serviços estatais terceirizados, dependem de seus provedores para a continuidade de suas atividades.

A consequência disso é que o desempenho das ONGs em relação aos projetos políticos que mobilizam é, com frequência, influenciado pela necessidade de assegurar a sua própria sobrevivência, daí se perdendo parcela significativa de sua autonomia (DAGNINO, 2004).

Sposati e Lobo (1992, p. 9) enumeram entre as causas de negativa do protagonismo do controle social a chamada *alteridade cooptada*, que ocorre “[...] pela prática da cumplicidade, que ao incluir o interesse restrito e imediato dos representantes populares, afasta-os da luta pela atenção mais ampla dos representados”.

Pinto (2006) ressalta que a natureza do interesse defendido por uma ONG é uma característica importante para analisar o papel que desempenha nas relações sociedade civil x mundo da exclusão e sociedade civil x Estado. E Losekann (2009) levanta a questão da legitimidade e do correspondente lastro social orgânico como um aspecto fundamental ao desempenho das ONGs como representantes da sociedade civil em espaços públicos de deliberação.

Mas quais são as causas que defendem as *organizações sociais* que atualmente prestam serviços públicos de saúde – e às vezes são criadas especificamente para isso?

A realidade é que os objetivos sociais das OSs, de regra, limitam-se à relação contratual de prestação de serviços ao SUS e, em grande parte das situações, não há sequer contraprestação assistencial no financiamento de suas atividades, tratando-se, em verdade, de um clássico contrato de compra e venda de serviços.

Ora, o terceiro setor está cada vez mais imbricado com o poder estatal e isso tem o condão de tornar progressivamente mais frágil seu grau de vinculação a bandeiras sociais específicas. Com isso, compromete-se a atividade eminentemente política, o que é extremamente prejudicial ao processo democrático.

Ademais, a ideia da cidadania como “responsabilidade social”, e não como ativismo político, embora apregoe a atuação da sociedade na redução das desigualdades, parte da premissa da “caridade”, do direito que é “dado” por aqueles que, em tese, cultivam valores positivos. É a visão de uma cidadania do *ajudar* e não de uma cidadania do *reconhecer direitos*. Parece o retorno ao patrimonialismo que se autobeneficia e tem suas marcas indelévels na cultura brasileira.

Sposati e Lobo (1992, p. 3) já propunham que o usuário do SUS fosse um sujeito democrático na construção da política pública “[...] e não um carente a ser atendido por uma instituição transformada em ‘ofertante de serviços’, negadora, em sua prática, dos direitos do cidadão”.

O Brasil tem uma história de inversão de percurso no alcance aos direitos pela população. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados num período de supressão de liberdades pelo populista Getúlio Vargas. Depois, vieram os direitos políticos, vindo o voto também a ser “dado” ao povo brasileiro por um governo autocrático. E nenhuma onda de direitos “concedidos” à população foi capaz de concretizar a cidadania brasileira.

Segundo Carvalho (2006), uma consequência política dessa inversão é a aproximação da sociedade civil do Poder Executivo, que também implicou o afastamento da noção de representatividade e desvalorização do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo, que historicamente esteve, no Brasil, subordinado ao Poder Executivo, valorizou-se na CF/88 como um horizonte de construção democrática. É no lócus do Legislativo que está o principal canal de representação da sociedade civil, onde se deve exercer a articulação dos interesses sociais para a consolidação democrática.

Mas a centralidade do Poder Executivo no Brasil tem raízes históricas e se amolda aos interesses de toda uma classe política (SALLUM JR., 1996). Por isso, a supremacia da influência do Executivo ainda é inegável na formulação tanto da legislação, como da política pública. Prevalece a tecnocracia na gestão e a concentração do poder no núcleo duro do Estado, com prioridade e celeridade às suas agendas e proposições normativas (BAPTISTA; MACHADO, 2007).

A despeito de outras possíveis causas, o Conselho Nacional de Saúde (CNS), criado em 1990 para ser responsável pela formulação da política nacional de saúde, ocupou um lugar de destaque na arena política apenas nos seus primeiros anos, atualmente consolidando-se em posição secundária, preterido pela influência do aparelho estatal, manifesto no deslocamento do espaço institucional de tomada de decisão para as comissões intergestores (CÔRTEZ, 2009).

Esse quadro favorece a negociação direta do setor privado com o Executivo, dificulta a difusão e o debate de propostas pela via regular de encaminhamento de demandas ao Legislativo (BAPTISTA, MACHADO, 2007; CARVALHO, 2006). Sem dúvida, acaba por reforçar o emprego de favores, o que é mais grave em espaços locais de deliberação política.

E não é justamente esse o atual fenômeno que no Brasil orienta a atuação do terceiro setor? Onde estão os movimentos sociais? Exercitando cidadania ou dependendo do Poder Executivo e de seus favores para executar serviços de saúde, sustentando assim a continuidade de uma prática do projeto clientelista de burla constitucional?

Na área de saúde, depois das conquistas democráticas espelhadas no SUS, a disputa está novamente posta contra uma visão de mundo hegemônica que deseja um serviço de saúde pública “para os pobres”, focalizada; que almeja e enaltece a filantropia como a saída para os problemas sociais, esquecendo-se de que o assistencialismo solidário representa, só por existir, o reconhecimento das mazelas e injustiças de um povo.

Quando se propõe a participação da sociedade civil no processo democratizante, a premissa é de que isso se dê pela discussão nos espaços públicos dos diversos prismas e interesses que são próprios da pluralidade e dos conflitos no domínio do privado. O ambiente propício para o debate democrático é o da liberdade e o da organização política espontânea dos movimentos sociais. A democracia pressupõe o resgate da faceta política da sociedade civil, que o liberalismo sempre quis neutralizar (MOUFFE, 1996).

Young (2000) entende que as atividades da sociedade civil são sempre interessantes para a democracia, mas que há níveis de associativismo mais ou menos democratizantes. Para ela, embora as associações civis (voltadas para o trabalho coletivo) sejam inclusivas, são as associações e movimentos políticos – que trazem à tona o conflito e propõem mecanismos de administrá-lo – que melhor contribuem para a democracia.

Aplicando a distinção à democracia brasileira, instituída pela CF/88, o que se pretendeu com a criação das Conferências e dos Conselhos de Saúde foi permitir que atores representativos de cada um desses segmentos pudessem participar da arena política da saúde, não apenas com ações solidárias, mas também com o que Carvalho (2007, p. 46) denomina *proposição* e *controle*, ou seja, “[...] participar com ideias [...] buscar saídas individuais e coletivas [...] e fazer o controle de tudo o que foi realizado, incluindo-se a questão econômica”. No dizer de Bussinguer (2008, p.132), o controle social deve “[...] criar um sentimento de pertencimento e co-responsabilização por aquilo que foi decidido”.

O Estado estaria representado pela composição dos gestores; o mercado, pelos prestadores de serviço, empresários do setor e seguradoras de saúde; por fim, os atores sociais, pelos trabalhadores e usuários do SUS, estes últimos organizados em movimentos sociais, grupos de patologias, associações e ONGs (CÔRTEZ, 2009; SOUZA, 2007).

Na medida em que há um deslocamento da organização societal do modelo de associativismo político para o de associativismo cívico, há um enfraquecimento dos movimentos sociais que desejam apenas exercer influência em processos democráticos, sem vinculação ao poder e ao dinheiro, e o correspondente fortalecimento do terceiro setor, este, entretanto, cada vez mais desempenhando o papel de prestador de serviço, cada vez mais regido pelos imperativos econômicos. As OSs, que, na concepção inicial do SUS, representariam os interesses dos “usuários”, acabam por desempenhar o papel de “prestadores de serviço”.

Outro ponto relevante diz respeito aos profissionais de saúde que, por gozarem de atributos, como conhecimento do serviço, vivência da realidade direta, penetração nas comunidades e capacidade de organização, se qualificam como importantes atores nos espaços de deliberação democrática do SUS.

Contudo, a proposta de terceirização de serviços do SUS pressupõe a desestruturação e quiçá a extinção gradativa do quadro de seus servidores públicos. Isso significa precarizar e

desvalorizar a carreira dos trabalhadores da saúde, o que, entre outras tantas consequências, conduz à desarticulação política e à perda da autonomia.

Constataram Mathias e outros (2011) que, na saúde suplementar, tentativas das equipes profissionais em atender o usuário numa concepção integral de saúde ainda sucumbem ante a racionalidade econômica que orienta a organização das operadoras privadas. Isso sugere que os vínculos trabalhistas sem estabilidade podem redundar numa relação de *dependência* tal que terá por possível resultado a redução da potencialidade do trabalhador para atuar como agente de mudança do modelo de atenção. Essa racionalidade é perfeitamente aplicável às OSs.

Souza (2007) atenta para o fato de que persistem exclusões no processo decisório setorial saúde, porque o acesso à participação ainda é norteado por grupos poderosos e há dificuldade de articulação entre os atores sociais. Isso torna ainda mais grave o deslocamento das ONGs para o papel de “prestadores de serviço” e a desmobilização dos trabalhadores pela desprecarização, especialmente em Conselhos e Conferências de Saúde locais, que são espaços mais suscetíveis ao jogo da influência política.

Portanto, se a transferência das funções estatais de execução de serviços públicos para a sociedade civil pode promover, sim, reais desdobramentos em relação ao papel a ser desempenhado pelos atores sociais, resta responder à pergunta de Sposati e Lobo (1992, p. 6): “Privatizando o Estado nos recursos, no fundo público e na política, como se dão a presença popular e o controle social?”

#### A VISÃO VIRTUOSA DA SOCIEDADE CIVIL: COMO FICA O CONTROLE DO “INTERESSE PÚBLICO” DO PRIVADO?

A nova visão da responsabilidade social do terceiro setor na execução de serviços públicos pressupõe a acolhida a um conceito de sociedade civil como algo positivo, transparente e ilibado. Tanto que o PDRAE se apresenta como uma forma de controle da corrupção. Qualifica a administração burocrática como tanto ineficiente quanto corrupta e dá vulto ao absurdo dos privilégios mantidos aos funcionários públicos, para exaltar a privatização como uma alternativa à proteção do patrimônio público (PEREIRA, 1997).

Mas a suposição de virtuosidade da sociedade civil é só aparentemente ingênua, porque encobre uma diretriz que caminha na direção contrária ao combate da improbidade. As disputas de interesses residem no mundo da vida, e não apenas nos espaços do aparelho estatal. E é essa mesma pressuposição de pureza do terceiro setor que acaba por justificar a concessão de certos privilégios que se lhe faz – como a dispensa de licitação para convênios ou a preferência na aquisição de serviços (BRASIL, 1990, 1998), como se as entidades legalmente consideradas sem fins lucrativos falassem apenas a linguagem do interesse público.

Não desmerecendo o grau de relevância da sociedade civil para a democracia atual, é mais realista a posição de quem a qualifica não por virtudes cívicas, mas por um emaranhado de diferenças e interesses, que nada têm de unívocos e lineares, que se transvestem das facetas as mais variadas possíveis. Exatamente por essa razão a presença da sociedade civil é tão salutar ao processo democrático, no seu aspecto dialético. Mas não há nenhuma garantia de que a direção das entidades de terceiro setor seja sempre coincidente com o bem geral, e não com suas próprias necessidades e interesses.

Nesse sentido, Mouffe (1996, p. 19) define as relações sociais como “[...] necessariamente plurais, racionalmente construídas e comprometidas com relações de poder”. E vai além ao afirmar que “[...] é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo própria, porque este tipo de fantasia conduz ao totalitarismo” (MOUFFE, 1996, p. 33).

A administração burocrática é passível de críticas, especialmente quanto à sua falaciosa neutralidade, e não se pode negar que tenham existido privilégios a servidores públicos no Brasil. Mas fazer uma análise coerente disso demanda entender a herança e a realidade de hoje, que é de retorno ao patrimonialismo historicamente vivenciado em nosso País.

Foi precisamente contra o patrimonialismo que o texto constitucional se insurgiu e estabeleceu um Regime Jurídico de Direito Público (RJDPU), com regras um tanto burocráticas, como o concurso público, a estabilidade de servidores e a licitação. E, se o controle da corrupção não foi ainda alcançado, o problema não está no texto em abstrato da norma, mas na sua eficácia, ou seja, no eco que encontra na *práxis*.

O discurso da privatização (PEREIRA, 1997) pressupõe que a administração gerencial, com os preceitos do privado, será capaz de conciliar os desejos do mercado com o interesse

público. Pressupõe que o “público não estatal” é menos objeto de *rent-seeking* do que o aparelho burocrático.

Todavia, as OSs estão no domínio do privado, e quanto maior é o investimento do Estado no privado, maior é a possibilidade de que ocorra sua privatização por grupos de interesse. Ou há um engano nos fundamentos da reforma, ou seu conceito de interesse público está muito próximo do critério definidor utilitarista, que, no caso, nem pressupõe a regra da maioria, mas a regra do poder.

Partir da premissa de que, se a administração pública burocrática não foi capaz de alcançar a proteção da *res pública* e o caminho da garantia do interesse público é privatizar serviços públicos, é ilusão ou argumento subliminar; é querer fazer crer que dispensar a regra do concurso e da estabilidade de servidores vai acabar com o nepotismo, e não estimulá-lo; que dispensar a licitação vai redundar em menos corrupção na compra de bens e serviços com o dinheiro público. Num País onde a corrupção é ainda um dado tão grave, não é razoável nenhuma proposta de afrouxamento de instrumentos de controle.

No final das contas, a proteção da *res pública* também tem a ver com o aprimoramento da cidadania, que, no SUS, encontra seu caminho na participação da comunidade, não apenas como mecanismo de inclusão da sociedade civil na tomada de decisão política, mas também como forma de controle social, ou seja, de vigia dos atos do Poder Público, quanto à sua correção ou probidade.

Considerando que os mecanismos de controle dos atos da Administração Pública são significativamente mais rigorosos do que os impostos ao privado prestador de serviços por delegação, o controle fiscalizatório da sociedade civil será sempre mais factível em relação às estatais regidas pelo RJDPU.

Especificamente em relação às OSs, há previsão de participação de membros da comunidade no Conselho de Administração (BRASIL, 1998). Parece haver aqui uma intenção de inserir a sociedade civil na gestão da referida entidade. Mas mereceria melhor aprofundamento a discussão sobre o processo de indicação dos citados representantes da comunidade, que não é explicitado pela lei, mas definido conforme o estatuto de cada entidade e, por essa razão, já representa uma quebra do princípio da escolha pública.

Das possíveis nuances na escolha dos representantes, podem sobrevir resultados mais ou menos legítimos, ainda mais quando, atrelada à escolha, aparece a exigência de “notória capacidade profissional”, que é requisito excludente de uma boa parcela dos possíveis representantes de usuários, o que afinal acaba por favorecer a tecnocracia em detrimento do empoderamento democrático dos usuários *leigos* do SUS.

Para além da questão da legitimidade está o fato de que a prestação de serviços de saúde por OSs adota uma estratégia de controle focada nos *resultados alcançados*. O instrumento é o contrato de gestão, e a fiscalização restringe-se à eficiência alcançada relativamente às metas pactuadas. Não há interesse nem estímulo em se perquirir qual é a orientação da gestão do patrimônio público posto à disposição da entidade.

Mas será que os fins sempre justificam os meios? Será que não interessa ao cidadão brasileiro saber sobre quais critérios tem sido aplicado o recurso da saúde, como ele vem sendo administrado, quais os valores que o determinam, além dos “resultados” e das “metas”?

A questão do sistema de saúde é de humanização e de moralização. E isso não se resolve na multiplicação de procedimentos e metas pactuadas. Por isso, é tempo de discutir se vale a pena delegar totalmente a efetivação do *interesse público* na prestação de serviços SUS a instituições privadas.

## **A COMPLEMENTARIDADE COMO OBSTÁCULO AO PROJETO NEOLIBERAL**

A diretriz da complementaridade determina que a prestação majoritária de serviços públicos de saúde seja realizada por entidades estatais e sob o RJDPU. Está elencada no Art. 199, § 1.º, da CF/88 (BRASIL, 1988) e é resultante de um processo constituinte democrático que configurou um sistema com forte caráter publicista, também em razão do impacto da escolha pelo público ou privado no controle social.

A história faz-nos lembrar que, na década de 1970, no apogeu da terceirização de serviços de saúde pelos institutos ligados à Previdência Social, a comunidade política mais influente era a de dirigentes públicos que tinham conexões estreitas com a indústria farmacêutica, com prestadores de serviço privados, com medicina de grupo e com organizações de profissionais de saúde. Essa articulação abriu espaço para um modelo de provisão privada de serviços que, fracamente regulado, resultou na crise do setor saúde (CÔRTEZ, 2009; BAPTISTA, 2007). E

foi precisamente para reduzir a influência nefasta dos interesses de sistemas funcionais privados nos canais da política de saúde que se determinaram limitações constitucionais à participação do privado no SUS.

A privatização da saúde não apenas dá azo à influência do mercado na agenda estatal, como também é um caminho para enfraquecer o potencial de surgimento e influência das esferas públicas autônomas a partir de movimentos sociais organizados e dos trabalhadores da saúde. Tal consequência gera resultados mais danosos em cenários como o brasileiro, onde o terceiro setor ocupa um papel político muitíssimo relevante, já que há a concomitância de uma sociedade civil com formidáveis níveis de organização com uma parcela bastante significativa da população desprovida de qualquer possibilidade de exercício de direitos (PINTO, 2006).

A outra face da mesma moeda é que as ONGs encontram sérias limitações no que concerne a tomarem para si a responsabilidade de ações que são próprias do Estado, porque são frágeis do ponto de vista organizacional e totalmente dependentes de financiamento externo. Além disso, atingem a sociedade de forma fragmentada (PINTO, 2006). Propor, portanto, que o terceiro setor assuma a tarefa da execução da política de saúde brasileira com tais limitações é o mesmo que propor a reprodução dessas limitações: política subfinanciada, focalizada e fragmentada.

Por todas essas derivações é que a diretriz da complementaridade não apenas se legitimou sob a batuta popular, como agora se revela, em sua vertente democrática, uma estratégia de contenção do projeto neoliberal e sua reforma monetária subjacente, que é perpassada por outras tantas *complementaridades*, a que Santos (2008, 2011) denomina *estratégias incongruentes do SUS*, como são o subfinanciamento da saúde, a blindagem da reforma administrativa democrática e a duplicidade do sistema com fortes subsídios estatais para planos privados.

O Direito é mero instrumento, porque deve buscar sua legitimidade nas bases sociais. Mas, uma vez legitimado, é importante mecanismo de garantia da estrutura constitucional, de direitos e garantias assegurados, de justiça social e da efetivação da cidadania.

No tocante à reforma monetária brasileira, impõe-se a consideração de que, se ela violou a estrutura constitucional brasileira em nome de um interesse maior, o país precisa agora de um processo jurídico capaz de impedir a perversão das garantias individuais e das liberdades públicas pelo 'despotismo esclarecido' da razão econômica (FARIA, 1992, p. 7).

Eis, portanto, um desafio para a complementaridade: democratizar o exercício do poder no SUS.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CF/88, fortemente orientada numa lógica de democratização, previu mecanismos de inserção da sociedade civil na definição da política pública de saúde, especialmente no princípio da participação da comunidade no SUS e nas suas decorrentes criações de Conselhos e Conferências de Saúde.

Mas o papel desempenhado pela sociedade civil numa democracia mantém relações estreitas com a dicotomia do público/privado, razão pela qual também a diretriz da complementaridade, ao determinar que parcela preponderante dos serviços públicos de saúde seja prestada sob a égide do *público*, guarda correlação com resultados mais ou menos democratizantes do SUS, especialmente diante das propostas do projeto neoliberal que, na política de saúde, se espelharam no PDRAE.

A transferência da execução de serviços públicos de saúde para ONGs implica que a sociedade civil canalize suas atividades para as práticas assistenciais, em detrimento do ativismo político. Por sua vez, as filantrópicas, como prestadoras de serviços financiadas pelo Estado, ficam cada vez mais comprometidas com o Poder Público, o que impacta negativamente sua atuação nos espaços democráticos de deliberação, onde, inclusive, há o deslocamento de sua representatividade de *usuários* para *prestadores*.

Ademais, o modelo de OSs, que pressupõe uma visão apenas virtuosa da sociedade civil – que, contudo, é ingênua –, tem por consectário a relativização de uma série de mecanismos de controle da corrupção na gestão dos serviços de saúde, como as exigências de concurso público e licitações, o que, num País com a história patrimonialista brasileira, representa um retrocesso na luta pela moralidade.

Este estudo conclui que o modelo de OSs, se adotado para a prestação de serviços do SUS, tem potencial de impactar a efetividade da participação social na gestão da política pública de saúde, seja contribuindo para a desarticulação de agentes sociais seja relativizando os mecanismos de controle.

O Direito, que buscou respaldo na política democrática, assume agora um papel de dirigente do cumprimento das normas constitucionais, e a diretriz da complementaridade deve apresentar-se como um dos obstáculos às políticas ilegítimas de privatização do SUS.

Uma das tarefas mais nucleares de um Estado de Direito é fazer cumprir a lei, para torná-lo democrático. Mas até aquilo que parece um tanto óbvio, como *cumprir a Constituição*, nem é ousadia dizer, depende da política.

Por isso, este texto chega a seu termo com uma lição de Foucault, que não deve ser esquecida: “[...] nada mudará a sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo e ao lado dos aparelhos do Estado, a um nível muito mais elementar, cotidiano, não forem modificados” (FOUCAULT, 2003).

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, R.D.; MELLO, D.F. Organizações sociais e instituições governamentais: perspectivas de parceria na atenção à saúde da criança através dos voluntários e da pastoral da criança. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v.40, n.1, p.93-97, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0080-62342006000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342006000100013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31 jan. 2011.

BAPTISTA, T.W.F. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, G.C.; PONTES, A.L.M. (Org.). **Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p.29-60.

BAPTISTA, T.W.F.; MACHADO, C.V. O Legislativo e a saúde no Brasil. In: MATTA, G.C.; PONTES, A.L.M. (Org.). **Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p.81-114.

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: Presidência da República/MARE, 1995.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 maio 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BUSSINGUER, E.C.A. **Direito à saúde**: contornos constitucionais e tendências jurisprudenciais: uma análise da teoria e prática brasileira. 2008. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

CARDOSO, R. Sustentabilidade, o desafio das políticas sociais no século 21. **São Paulo Perspectivas**, v.18, n.2, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200005)>. Acesso em: 01 fev. 2011.

CARNEIRO JÚNIOR, N.; ELIAS, P.E. Controle público e equidade em hospitais sob gestão pública não estatal. **Revista de Saúde Pública**, v.40, n.5, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102006000600023&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000600023&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 01 fev. 2011.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006.

CARVALHO, G.C.M. **Participação da comunidade na saúde**. Passo Fundo: IFIBE, CEAPE, 2007.

CÔRTEZ, S.V. Sistema Único de Saúde: espaços decisórios e a arena política de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v.25, n.7, p.1626-1633, 2009. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/csp/v25n7/22.pdf](http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n7/22.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2012.

DAGNINO, E. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?. In: MATO, D. **Políticas de cidadania y sociedade civil em tiempos de globalización**. Caracas: FACES, 2004. p.95-110.

FARIA, J.E. Antinomias jurídicas e gestão econômica. **Lua Nova**, n. 25, p.141-166, 1992.

FERRARI, P.N.; FERRARI, R.M.M.N. **Controle das organizações sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre factibilidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

KEANE, J. **A sociedade civil**: velhas imagens e novas visões. Lisboa: Temas e Debates, 2001.

LECHNER, N. Reforma do estado e condução política. **Lua Nova**, v.37, p.33-56, 1996. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci\\_](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci_)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

LOSEKANN, C. **A presença das organizações ambientalistas da sociedade civil no governo lula (2003-2007) e as tensões com os setores econômicos**. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

MATHIAS et al. A produção do trabalho na saúde suplementar: autonomia como dispositivo da promoção da saúde. In: RIBEIRO, C.D.M. et al. (Orgs.). **Saúde suplementar, biopolítica e promoção da saúde**. São Paulo: Hucitec, 2011. p.128-141.

MOUFFE, C. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

PEREIRA, L.C.B. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista do Serviço Público**, ano 48, v.1, n.1, 1997.

PINTO, C.R.J. As ONGs e a política no Brasil: presença de novos atores. **Dados**, v.49, n.3, p.651-670, 2006.

SALLUM JR., B. **Labirintos: dos generais à Nova República**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

SANTOS, N.R. Política pública de saúde no Brasil: encruzilhada, buscas e escolhas de rumos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.13, suppl.2, 2008.

\_\_\_\_\_. Sistema Único de Saúde de todos: o legal e o real. **Saúde em Debate**, v.35, n.90, p.352-355, 2011.

SOUZA, W.S. Participação popular e controle social na saúde: democratizando os espaços sociais e agregando capital social. In: MATTA, G.C.; PONTES, A.L.M. (Org.). **Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p.115-138.

SPOSATI, A.; LOBO, E. Controle social e políticas de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, v.8, n.4, p.366-378, 1992. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1992000400003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1992000400003)>. Acesso em: 07 jan. 2012.

YOUNG, I. **Inclusion and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

**REFERÊNCIAS**

---

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.).

**Políticas de saúde:** a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 29-60.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira. O Legislativo e a saúde no Brasil. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de saúde:** a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 81-114.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, jan. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso)> . Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório da 8.ª Conferência Nacional de Saúde**, Brasília, 1986. Relatório final. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2011.

BRASIL. Lei n.º 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, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República/MARE, 1995.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 maio 1998a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 05 jun. 1998b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, Brasília, DF, 01 dez. 1998c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PET no. 200101000042297/MA, da Corte Especial, Brasília, DF, 04 de junho de 2001. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 07 abr. 2005a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 fev. 2005b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 2006.03.00.052227-2, da 3ª Região Tribunal Regional Federal, Brasília, DF, 13 de junho de 2006. Disponível em: <[www.trf3.jus.br/](http://www.trf3.jus.br/)>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 92, de 13 de julho de 2007. Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de

fundações instituídas pelo poder público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 2007a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360082>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 nov. 2009a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública, processo nº 2006.61.00.009087-9, da 3ª Região Tribunal Regional Federal, São Paulo, 20 de fevereiro de 2009b. Disponível em: <[www.trf3.jus.br/](http://www.trf3.jus.br/)>. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. - EBSEH e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/2010/medidaprovisoria-520-31-dezembro-2010-609913-norma-pe.html>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 dez. 2011a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vista ao Ministro da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, Brasília, DF, 31 mar. 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vista ao Ministro da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, Brasília, DF, 19 maio 2011c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Cível Pública processo nº 2009.83.00.016401-2, da 1ª Vara Federal de Pernambuco, Brasília, DF, 10 de março de 2011d. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Direito à saúde**: contornos constitucionais e tendências jurisprudenciais: uma análise da teoria e prática brasileira. 2008. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Record, 2006.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. **Participação da comunidade na saúde**. Passo Fundo: IFIBE, CEAPE, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil). Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 out. 1996. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_96.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2011.

CÔRTEZ, Soraya Vargas. Sistema Único de Saúde: espaços decisórios e a arena política de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 7, p. 1626-1633, 2009.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESPÍRITO SANTO. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Saúde**: um Direito inviolável à vida. Vitória: CEAFF, 2002. v. 1.

GRAU, Eros. **A constituinte e a Constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factibilidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

KEANE, John. **A sociedade civil**: velhas imagens e novas visões. Lisboa: Temas e Debates, 2001.

LECHNER, N. Reforma do estado e condução política. **Lua Nova**, São Paulo, n. 37, p. 33-56, 1996. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

LOSEKANN, Cristiana. **A presença das organizações ambientalistas da sociedade civil no governo lula (2003-2007) e as tensões com os setores econômicos**. 2009. 209 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

LUZ, Therezinha Madel. **Ordem social, institucionalização e políticas de saúde no Brasil**: textos reunidos. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 11. ed. São Paulo: Hucitec, 2008.

NATAL. Fazenda Pública de Natal. Ação Civil Pública nº 0023766-04.2010.8.20.001. da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, Natal, 02 de maio de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/>>. Acesso em: 23 de nov. 2011.

NORONHA, Daisy Pires; FERREIRA, Sueli Mara Soares Pinto. Revisões da literatura. In: CAMPELLO, Bernadete Santos; CENDÓN, Beatriz Valadares; KREMER, Jeannette Maerguerite (Org.). **Fontes de informação para pesquisadores e profissionais**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 191-198.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 426165-4, da 5ª Câmara Cível do Paraná, Curitiba, 17 de junho de 2008. Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 48, v. 1, n. 1, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 49, v. 1, n. 1, 1998.

PINTO, Celi Regina Jardim. As ONGs e a política no Brasil: presença de novos atores. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 651-670, 2006.

REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 50, 2002.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). Ação Direta de Inconstitucionalidade, processo nº 2010.006976-8, da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal. Natal, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

SALLUM JR., Brasílio. **Labirintos: dos gerais à Nova República**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2007.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Política pública de saúde no Brasil: encruzilhada, buscas e escolhas de rumos. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, suppl. 2, 2008.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ação Cível Pública processo nº 0029127-38.2011.8.26.0053, da 5ª Vara de Fazenda Pública, São Paulo, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 20 out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marta Zorzal e. **Globalização, neoliberalismo e democracia**: impasses e paradoxos na agenda da democracia contemporânea? 1996. Paper para disciplina Tema de Análise Política do Brasil Pós-64 (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. (mimeo)

SOUZA, Waldir da Silva. Participação popular e controle social na saúde: democratizando os espaços sociais e agregando capital social. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de saúde**: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 115-138.

SPOSATI, Aldaíza; LOBO, Elza. Controle social e políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 366-378, 1992. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1992000400003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1992000400003)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.