

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade .
Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

DIREITO CONSTITUCIONAL A SAÚDE: VISÃO DA CLASSE MÉDICA SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NA CIDADE DE SANTOS/SP

CONSTITUTIONAL LAW HEALTH: CLASS MEDICAL VIEW ON THE OUTSOURCING OF PUBLIC HEALTH IN SANTOS/SP CITY

**Alexandre Ricardo Machado
Juliana Buck Gianini**

Resumo

Diante do crescimento da globalização, novos conceitos administrativos são criados buscando eficiência e economicidade em serviços públicos, surgiu a terceirização na saúde pública brasileira. Esse modelo tem crescido significativamente, com a criação das Organizações Sociais OSs. Diante da relevância do tema, formulou-se o seguinte problema: como é tratado o direito constitucional a saúde, no contexto prestacional e qual a visão da classe médica sobre a terceirização da saúde pública na cidade de Santos/SP. Justificou-se o presente estudo diante da crescente intensificação da terceirização na saúde brasileira. Os objetivos desse estudo consistem em verificar a legalidade e viabilidade da terceirização, quanto da escolha por OSs na prestação do serviço público de saúde (SUS), e qual a opinião do médico, que mantém contato direto com a modalidade de serviço. A metodologia empregada baseou-se em duas análises: (i) busca bibliográfica, utilizando pesquisa descritiva como meio de resposta para o seu objetivo, através da legislação, doutrina e jurisprudência; (ii) pesquisa de campo baseada em estudo de caso realizado através da aplicação de questionários a médicos e gestores/ex-gestores públicos da cidade de Santos/SP.

Palavras-chave: Direito constitucional, Terceirização, Serviço público de saúde, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Faced with growing globalization of the new administrative concepts are created seeking efficiency and economy in public services, arose to outsourcing in the Brazilian public health. This model has grown significantly, with the creation of Social Organizations - OSs. Due to the relevance of the topic, it was formulated the following problem: the constitutional right to health is treated in prestacional context and what is the medical profession insight into the outsourcing of public health in the city of Santos/SP. The present study was justified given the increasing intensification of outsourcing in the Brazilian health. The study objectives this verify the legality and viability of outsourcing, as the choice of OSs in the provision of public health services (SUS) and what the views of key stakeholder, the doctor, who has direct contact with the type of service. The methodology was based on two analyzes: (i) bibliographic search, using descriptive research as a means of response to your goal, through legislation, doctrine and jurisprudence; (ii) field research based on case study by

applying questionnaires to doctors and managers / Public former managers of the city of Santos/SP.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Outsourcing, Public health services, Public policies

INTRODUÇÃO

O direito social prestacional garantido, ampara-se nos princípios sociais básicos inerentes aos direitos do homem, como igualdade e universalidade, descritos pela nossa Constituição Federal de 1988.

Na evolução histórica do direito constitucional à saúde, o constituinte buscou garantir a saúde e a dignidade da pessoa humana através de um programa universal de políticas públicas, o Sistema Único de Saúde - SUS, como direito fundamental. As dificuldades do SUS são visíveis, sua operacionalidade e manutenção não acompanham o crescimento globalizado e os novos conceitos administrativos, a demanda reprimida é uma constante nos planos de atendimento universal (CHERCHGLIA, 2015).

Diante da problemática, surge o conceito da terceirização dos serviços de saúde. Modalidade inicialmente aplicada na administração privada, passando a se estender ao ente público, com a criação de Organizações Sociais - OS e/ou entidades comparadas.

Com aumento da demanda, o gestor público alega falta de capacidade, passando a realizar contratações de "*serviços-fim*", terceirizando uma atividade inerente do Estado (DI PIETRO, 2015). Dessa forma, justificou-se o presente estudo diante da crescente intensificação da terceirização na saúde brasileira, para tanto, foram revisadas as formas constitucionais e infraconstitucionais sobre o assunto.

Diante da realidade apresentada buscou-se suscitar questões sobre o direito fundamental à saúde, assim como sua efetiva aplicação no seio social e a real percepção da classe médica no que tange à terceirização do serviço de saúde pública no município de Santos/SP.

Para tanto, definiu-se a problemática do trabalho resgatando a opinião do principal interessado, "*o médico*", geograficamente delimitado nos Hospitais do município de Santos/SP. Assim, buscou-se responder um dos principais problemas da saúde brasileira, a "Terceirização do Serviço de Saúde Pública", quanto a sua legalidade e constitucionalidade.

Dessa forma, concretizaram-se as seguintes indagações: como é tratado o direito constitucional a saúde, no contexto prestacional, e qual a visão da classe médica sobre a terceirização da saúde pública na cidade de Santos/SP.

O objetivo desse trabalho consistem em verificar a legalidade e viabilidade da terceirização, quanto da escolha por OSs na prestação do serviço público de saúde (SUS), como também da classe médica do município de Santos-SP.

A metodologia empregada baseou-se em duas análises: (i) busca bibliográfica, utilizando pesquisa descritiva como meio de resposta para o seu objetivo, através da legislação, doutrina e jurisprudência; (ii) pesquisa de campo baseada em estudo de caso realizado através da aplicação de questionários a médicos e gestores/ex-gestores públicos da cidade de Santos/SP.

1. BREVE HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O sistema de saúde brasileiro teve início com o sanitarismo-campanhista, passando pelo modelo médico-assistencialista privatista e chegou aos anos 80, como modelo neoliberal, ao qual se contrapôs o movimento de reforma sanitária. Até a metade do séc. XIX a economia brasileira tinha como base o modelo agroexportador de café, a preocupação era com o saneamento dos espaços de circulação das mercadorias exportáveis e o controle de doenças que pudessem prejudicar a exportação de produtos (BRASIL, 2006).

Com a industrialização e o aumento do número de trabalhadores, é criada a assistência médica da Previdência Social, modelo formado por Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), organizadas, administradas e financiadas por empresas, empresários e trabalhadores (BRASIL, 2006).

Os trabalhadores após algum tempo se estruturaram por categorias profissionais criando os "Institutos de Aposentadorias e Pensões - IAPs", para os quais mais tarde o Estado também passou a contribuir. Segundo Eugênio Vilaça Mendes (1993, p.10) esse modelo tinha como objetivo "atuar sobre o corpo do trabalhador, mantendo e restaurando sua capacidade produtiva".

Em 1966, o IAPs foi substituído pelo Instituto Nacional da Previdência Social - INPS, o Estado assumiu seu papel regulador, retirando os trabalhadores do controle da Previdência Social e uniformizando os benefícios. O modelo de saúde passou a ter características próprias, com ênfase na prática médica curativa, individual, assistencialista e especializada em detrimento da saúde pública; orientada para a lucratividade do setor saúde (MENDES, 2001). Assim com a ampliação da clientela e das modalidades assistenciais, surgiram diversas formas de contratação do setor privado.

Em 1974, a área do trabalho foi separada da área previdenciária com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS e as relações da Previdência com os prestadores passaram a se organizar através de diferentes formas de pagamento, como contratos e credenciamentos por serviços prestados e convênios por subsídio fixo. Nessa

época surgiu a medicina de grupo, onde a empresa recebia um subsídio da Previdência e se responsabilizava, direta ou indiretamente, pelo atendimento médico de seus empregados. Com isso nasceu e se desenvolveu nos anos 80, a atenção médica supletiva (BRASIL, 2006).

Em 1975, a Lei nº 6.229 institucionalizou o modelo médico-assistencial privatista e definiu as competências das instituições públicas e privadas. Por meio dela criou-se um abismo no setor saúde: a atenção à saúde coletiva, não rentável, ficaria sob a responsabilidade do setor estatal e a saúde das pessoas, rentável, seria destinada ao setor privado, intermediado pela Previdência Social, nascendo então o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, fundamentado em três características (BRASIL, 2007): (i) o Estado como grande financiador, (ii) o setor privado nacional e (iii) o setor privado internacional. Mas, esse modelo excluiu grande parcela da população e as diversas políticas compensatórias que entraram em campo acabaram por perpetuar as desigualdades sociais.

Com o avanço das desigualdade, iniciou-se o movimento que mais tarde seria chamado de reforma sanitária. O movimento começou nas Universidades, com o apoio da Organização Pan Americana de Saúde - OPAS, sendo o primeiro programa adotado pelo Governo Federal, chamado Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento - PIASS, que resultou na grande expansão da rede ambulatorial pública (BRASIL, 2007). Houve uma grande resistência ao movimento de reforma sanitária, principalmente por parte dos prestadores de serviços contratados e conveniados com a Previdência, representados na época pela Federação Brasileira de Hospitais (setor privado contratado) e por parte dos dirigentes do INAMPS, que mantinham seu pensamento médico liberal (BRASIL, 2007).

Depois de longo processo político e social, o MPAS reassumiu suas funções que, na prática, haviam sido tomadas pelo INAMPS, este perdeu seu papel de prestador de serviços e tornou-se órgão controlador e co-financiador do sistema de saúde, passando a ser descentralizado. Era notório a época, que seu planejamento buscava resolutividade, regionalização, hierarquização e integralidade das ações de saúde (BRASIL, 2006).

A VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, foi o grande marco nas histórias das conferências de saúde no Brasil, foi a primeira vez que a população participou das discussões. Suas propostas foram contempladas tanto no texto da Constituição Federal, de 1988 como nas leis orgânicas da saúde, nº. 8.080, de 1990 e nº. 8.142, de 1990. Tal acontecimento historicamente veio a contribuir de forma direta para a elaboração político-ideológica do projeto de reforma sanitária, definindo três aspectos fundamentais: (i) o conceito abrangente de saúde, (ii) a saúde como direito de cidadania e dever do Estado e (iii) a instituição de um Sistema Único de Saúde - SUS (CNS, 1986). A resistência a sua implementação foi superada

já em 1987, com o aparecimento do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde - SUDS, precursor do Sistema Único de Saúde - SUS; descentralizando as ações e serviços públicos de saúde, que se encontravam centralizados na União (BRASIL, 2007).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, trazendo em seu texto as contradições de um processo de transição, avançando na ordem social, mas também incorporando interesses corporativos e cartoriais. A ideologia da reforma sanitária foi sacramentada no texto da Constituição Federal e na Lei nº 8.080, de 1990. Porém, o §1º do art. 199 da Carta Magna determinou que as instituições privadas pudessem participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, o que preservou o lugar das instituições privadas na rede de saúde.

Pode ser observado, que até hoje, passados mais de 25 anos da instituição do SUS, e apesar dos avanços, o sistema de saúde no Brasil continua segmentado em vários sistemas. Em decorrência do processo histórico de construção do SUS e das diversas forças políticas envolvidas. Dessa forma, observa-se que a assistência médica privatista tem perdurado e vem ampliando seu espaço no país, tanto na forma particular de atendimento, como nos processos de privatização, terceirização ou contratos de parceria, via Organizações Sociais (SANTOS, 2007).

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A questão do acesso à saúde é um problema observado não só no Brasil, mas em todo mundo, infelizmente no Brasil torna-se mais político do que jurídico, pois envolve temas como políticas públicas, orçamentos, alocação de despesas, discricionariedade dos Governos e dignidade humana.

Com o advento da constituição cidadã a qual ampliou os direitos, principalmente os relacionados à saúde com base na dignidade da pessoa humana, passou a ocorrer um grande aumento na busca da tutela judicial para obtenção de tratamento de doenças e fornecimento de medicamentos, observado principalmente a partir do advento da AIDS (GOUVEA, 2003).

Os Tribunais dos Estados da Federação, a partir do final da década de 90, passam a emitir pronunciamentos de conteúdo diversos, ora atribuindo a saúde um caráter de norma programática de eficácia limitada, negando o dever estatal. Ora reconhecendo na norma do artigo 196 da CF, de 1988, como direito subjetivo realizável mediante a outorga de prestações materiais positiva.

Dessa forma, o direito à saúde é identificado na norma jurídica ao estabelecer que a saúde seja direito de todos e dever do Estado. Constitui-se a partir dos elementos: - direito prestacional social, norma programática de direito subjetivo e reserva do possível e de forma objetiva: - bem estar e a justiça social, previstos no art.193 da CF, de 1988.

Elencada no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II - da Seguridade Social, e na Seção II - Da Saúde¹, que ainda caracteriza-se no art. 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados².

O art. 1º, por sua vez, ao inaugurar o texto constitucional, traz em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do art. 3º.

Em suas relações internacionais, o Brasil, a teor do art. 4º, II, da CF, de 1988, também se compromete com a prevalência dos direitos humanos (SILVA, 2015).

Ademais, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, caput, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, com proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, §4º, IV.

Desta forma, conjuga-se, portanto, o direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana, nascendo o direito à saúde, caracterizado como direito social inserido no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, reconhece o direito à saúde como direito fundamental, sendo possível afirmar que as normas que a garantem têm aplicação imediata, visto §1º do art. 5º do próprio texto constitucional. De tal forma, também será preciso situar o tema dentro do contexto da seguridade social, descrito pelo artigo 194³.

Nesse sentido, saúde, previdência e assistência social são espécies que descreverão ações, políticas e serviços distintos, com o fim de dar cumprimento aos objetivos gerais da seguridade social descritos no parágrafo único do art. 194 (CURY, 2005).

Ao dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado o art.196 nos indica seus

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

³ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.(...).

titulares e quem são os responsáveis por suas prestações positivas. Sendo de Competência executiva comum, nos termos do artigo 23 " É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)".

Sendo de Competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24 "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...)".

Deixa claro o meio de atuação genérica para dar cumprimento ao aludido direito social, realização de políticas sociais e econômicas, estabelecendo o objetivo e a finalidade de promover a redução do risco de doença (Prevenção) e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Saúde Curativa).

O art. 198⁴, por sua vez, esboça, em linhas gerais, a forma de organização do sistema, quando determina que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo - o que impõe responsabilidade a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais – novamente o caráter preventivo; com (iii) participação da comunidade, visto com um direito relacional e não de cunho individual.

Este mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo do art. 1º, da CF, de 1988.

Logo, sobre tais dispositivos não há como atribuir-lhes as característica de normas programáticas de eficácia limitada que apenas estabelecem programas de ação que vinculam os Poderes Públicos, isto é, um 'dirigismo político' (BRASIL, 2009).

Os dispositivos da seguridade social, em especial os artigos 196 e 200 da CF, de 1988, possuem um campo de ação delimitado com força normativa suficiente para obter parte de seus efeitos com a simples entrada em vigor da norma, deixando alguns aspectos procedimentais e de regulamentação para a atividade legislativa.

O SUS, a propósito, representou no campo das políticas sociais, senão a mais

⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade. (...)

vigorosa, 'pelo menos uma importante iniciativa de dotar o Estado de capacidade jurídico legal para mediar um processo redistributivo' (CURY, 2005).

Observam-se alguns dos principais dispositivos de integração, os quais trabalham de forma subsidiária a nossa lei maior, vejamos: a Lei nº 8.080, de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a nº 8.212, de 1991, da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio; a nº 8.213, de 1991, dos Planos de Benefício da Previdência Social e a nº 7.689, de 1988 referente a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CHIELE, 2015).

Tratam-se, de normas que decorrem de tais dispositivos, que, por certo, não se resumem a eles, devem ser conectadas e hierarquizadas de forma axiológica, para que possamos compreender, em sua totalidade, a proteção constitucional do direito à saúde (BRASIL, 2009).

Através da Lei nº 8.080, de 1990, foi estabelecida no campo da saúde pública uma série de ações e serviços em todas as esferas de atuação do Poder Público: federal, estadual e municipal. Deve ser lembrado que a responsabilidade dos entes da federação é solidária, uma vez que a lei prevê que os serviços relacionados à saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único (CURY, 2005).

A atividade legislativa ainda ausente não diz respeito à concessão do direito, este já se encontra concedido pelo legislador constitucional e sua atuação limita-se a instrumentalizar a realização de outros efeitos dos direitos que compõem a seguridade social como o direito à saúde nos termos do art. 197 e 199⁵.

Quando o constituinte autorizou a iniciativa privada, mesmo que de forma complementar, a intervir no SUS, começou as discussões sobre a constitucionalidade e sua legalidade. Sabe-se que hoje são conhecidas as dificuldades relativas à saúde pública no Brasil, deixando o Estado sem condições de prover saúde, este por sua vez, acaba por nos distanciar da tão sonhada previsão constitucional.

3. PRINCÍPIOS SOCIAIS À SAÚDE - BREVE REFLEXÃO

⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 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.

A Saúde é um direito natural do ser humano, preexistente ao próprio Estado, trata-se de direito inalienável, condição para uma vida plena.

Com os percalços da história foi necessário transpor este direito material do ser humano para o plano formal, garantindo não só a não intervenção do Estado e de terceiros na saúde individual e coletiva, como também, imputar responsabilidades quanto à prestação dos serviços e ações necessárias à sua fruição plena (DI PIETRO, 2010).

A concepção da saúde como um direito humano, adotada pela Constituição de 1988, foi disciplinado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, então chamada de Constituição do Estado Social contempla não só os direitos a liberdade e garantias, como também, os direitos sociais, econômicos e culturais, colocando o Estado como principal garantidor destes direitos.

Segundo José Gomes Canotilho (2010, p. 26) "não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no meio do povo a fim de criar e constituir um `governo` vinculado à lei fundamental".

No Estado Social onde os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes, deve ser assegurado ao indivíduo a não intervenção do Estado no plano individual, direito de liberdade, como também, deve ser assegurado o direito de fruição desses benefícios, ou seja, exercício do direito à vida e a dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2010).

Assim, destacam-se dois princípios apontados como responsáveis pelo aumento das funções do Estado. O princípio da igualdade, que tem por fim, tratar por igual o que é igual, e desigual o que é desigual. Este tem por objetivo tornar livres aqueles que, em face de uma condição econômico-social desfavorável, não podem por si só exercer em sua plenitude os direitos fundamentais. Preconiza em seu art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)".

Segundo Jaqueline C. Saiter Hertel (2014, p.109), podemos dizer que para além da igualdade formal deve ser garantida, na prática, a igual possibilidade de acesso às ações e serviços de saúde, dessa forma, "a desigualdade criada pela liberdade faz parecer problemática a largas camadas o valor da liberdade. De tal sorte que o sentido profundo de um igualitarismo político e social somente poderá ser o de transferir aquele que a liberdade fez servo para uma situação em que outra vez e já agora com o auxílio da igualdade, possa fazer um sensato uso da liberdade".

No âmbito da saúde pública o princípio da igualdade pode ser lido como direito igual de todo cidadão aos serviços de saúde na medida e proporção de suas necessidades

individuais, e no direito igual da coletividade às ações de saúde na medida de suas necessidades (CANOTILHO, 2010).

Simetricamente ao princípio da igualdade, desponta o princípio da universalidade, com o fim de assegurar a todos, independentemente de sexo, raça, nacionalidade, língua, o direito a fruição plena dos direitos fundamentais. Tal princípio está consagrado na Constituição Brasileira em vários dispositivos como nos art. 2º, inc. IV, art. 5º, art.196 e 205. Este deve ser interpretado e aplicado em consonância com o princípio da igualdade, ou seja, no sentido de que todos os homens têm perante o Estado e aos demais indivíduos da coletividade, todos os direitos fundamentais assegurados.

No campo da saúde, pode-se afirmar que em decorrência do preceito constitucional do art. 196, todos os homens têm direito ao acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação, sendo certo, tratar-se de um serviço próprio do Estado, em outras palavras, podemos afirmar que o direito à saúde "tem" ou "pode ter" por sujeito, todas as pessoas integradas na comunidade política, de um povo (ANPM, 2014).

4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O direito à vida, como direito humano básico é o fundamento primeiro de qualquer Constituição que se queira democrática, pluralista, onde prevaleça (ou deva prevalecer) a igualdade e a justiça, como valores supremos da sociedade como já visto. Então é certo que saúde é básica, por ser condição primária para a existência de qualquer outro direito. Daí o fato da CF, de 1988 em seu art.196 estabelecer que "saúde é direito de todos e dever do estado".

Nesse sentido, confirma o art. 2º, da Lei nº 8.080, de 1990 "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício." Pensando na execução dos serviços com maior eficiência e ações no âmbito da saúde pública, o legislador constituinte, criou o Sistema Único de Saúde - SUS, com o seu âmbito de atuação traçado no art. 200 da CF, de 1988, colocando a saúde em posição de destaque no texto constitucional⁶.

⁶ Art.200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

Desta forma nos ensina Eugenia Lacerda (1998, p.36), "O Sistema Único de Saúde é um sistema público, ou seja, destinado à toda a população e financiado com recursos arrecadados através de impostos que são pagos pela população. Fazem parte deste sistema os centros e postos de saúde, hospitais, incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros e também fundações e institutos de pesquisa...".

Conforme estabelecido no art. 198 da Carta Magna, a descentralização, o atendimento integral, a participação da comunidade, são os princípios que deverão orientar todas as ações implementadas pelo SUS. A descentralização, um dos pilares do sistema único de saúde, visa aproximar o cidadão dos serviços e ações de saúde, permitindo a universalidade do acesso em igualdade de condições.

Foram definidos como princípios doutrinários do SUS (CURY, 2005), a universalidade como acesso às ações e serviços que devem ser garantidas a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais; a equidade como um princípio de justiça social que garante a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. A rede de serviços deve estar atenta às necessidades reais da população a ser atendida; e por último a integralidade que considera a pessoa como um todo, devendo as ações de saúde procurar atender à todas as suas necessidades.

Pela abrangência dos objetivos constitucionalmente propostos e pela existência de desequilíbrios socioeconômicos e regionais, a implantação do SUS não tem sido uniforme em todos os estados e municípios brasileiros. Para que estes objetivos possam ser atingidos, se faz necessário uma grande disponibilidade de recursos financeiros, de pessoal qualificado e de uma efetiva política federal, estadual e municipal para viabilizar o sistema.

Nesse sentido, a Lei nº 8.080, de 1990 em seu art. 4º, assim diz: "O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS".

A participação da comunidade é uma exceção à democracia representativa, permitindo ao cidadão participar diretamente dos atos do poder, democracia direta, através da

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

participação social é possível controlar, fiscalizar os atos do poder, bem como, definir em conjunto com este, as ações mais adequadas a serem implementadas para a garantia do direito à saúde da população local.

A Lei orgânica da saúde estabeleceu duas formas de participação da Comunidade na gestão do SUS que são as Conferências e os Conselhos de Saúde.

As Conferências de Saúde (BRASIL,1990)⁷ são fóruns, os quais se reúnem de quatro em quatro anos, contando com a representatividade de diversos segmentos da sociedade. São usuários do SUS, profissionais da saúde, dirigentes, prestadores de serviços e outros, com o objetivo de avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde nacional.

Os Conselhos de Saúde⁸ são órgãos colegiados, de caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, com o objetivo de formular estratégias de controle da execução da política de saúde nas instâncias correspondentes.

Infelizmente observou-se que muitas vezes a opinião formada na conferência ou mesmo nos conselhos de saúde, não são respeitadas e quase sempre desprezadas, a favor da política que impera em nosso país.

4.1 Descrição da legislação básica aplicada ao SUS

De conformidade com o constituinte que definiu a saúde como direito fundamental e instituiu o SUS como responsável pela organização e funcionamento dos serviços e ações prestados nesta área, os dispositivos *infra* apresentados buscam regulamentar a prestação dos serviços e as ações de saúde por cada ente federado (BRASIL, 2015).

A Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080, de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes;

A Lei nº 8.142, de 1990 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do sistema único de saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde;

⁷ Lei nº 8.142, de 28 de 1990. art.1º, §1º.

⁸Idem. art.1º, §2º

A Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, busca assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, a serem aplicados pela União, Estado e Município para a concretização das ações e serviços públicos realizados na área da saúde;

A Lei 9.836, de 1999 que acrescenta dispositivos à Lei nº 8.080, de 1990, que Institui o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena; a Lei 10.424, de 2002 que acrescenta capítulo e artigo à Lei nº 8.080/90, e Regulamenta a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde; a Lei 11.108, de 2005 que altera a Lei no 8.080, de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; a Portaria nº 2.203, de 1996 - Aprova a Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde; a Portaria nº 373, de 2002 - Aprovar, na forma do Anexo desta Portaria, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002; a Resolução nº 399, de 2006 que divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido pacto.

Observou-se que a previsão constitucional da vinculação de recursos para a saúde reafirma o direito à saúde como direito público subjetivo do indivíduo frente ao Estado, assim como, sua essencialidade, confirmado pela legislação infraconstitucional ora apresentada.

5. A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização, segundo Mariângela Leal Cherchglia (2015, p.96), pode ser definida como “uma estratégia das organizações em transferir a terceiros, por contrato, atividades que não fazem parte da sua linha principal de atuação, as chamadas atividades acessórias, prestadas por empresas de serviços, profissionais liberais ou autônomos”.

Na linguagem empresarial é chamada "outsourcing"⁹, cujo entendimento é de intermediário, interveniente, sendo considerada uma técnica de administração através da qual se interpõe um terceiro, geralmente empresa, na relação típica de trabalho.

Entretanto, não se trata apenas de intervenção na relação tradicional de um trabalhador, dito terceiro, mas de uma empresa que assumirá o serviço ou atividade

⁹ *outsourcing* (*out*= fora e *source* = fonte) termo original em inglês. É o uso estratégico de recursos externos para as atividades que são foco principal da empresa. É praticamente designar serviços a terceiros, sendo que este trabalho demanda equipamentos, mão-de-obra especializada.

terceirizada, tendo como objetivos mais comuns a melhoria da qualidade dos serviços, lucro, competitividade e a redução de custos e esforços administrativos. É importante ressaltar que, o que se terceiriza é a prestação de serviços de atividade-meio, e não a disponibilização de mão-de-obra (CAVALCANTI JÚNIOR, 2014).

Em seus apontamentos Cherchglia (2015) nos esclarece que a teoria inicialmente proposta, busca além da redução dos custos, à diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários. Segundo a mesma autora, as formas de terceirização que mais ocorrem nos serviços públicos são: (i) Prestação de serviços: ocorre quando um terceiro intervém numa atividade meio do tomador, executando seu trabalho nas instalações deste ou onde for determinada, podendo ser realizada por empresas ou cooperativas de serviços e trabalho; (ii) Permissão: uma forma típica de terceirização de serviços públicos, e somente o órgão ou entidade governamental poderá passar a uma permissionária a exploração de um determinado serviço público, dependendo da área, poderá ser constitucionalmente questionada.

Contudo, deve ser entendido que o termo administração pública é muito abrangente, havendo muitas dificuldades em separar "atividade-meio" e "atividade-fim", pois a subcontratação só poderá ocorrer dos serviços considerados “meio” e que não constituam a atividade “fim” (DI PIETRO, 2015).

Vale lembrar que no Brasil a mão de obra poderá ser terceirizada, somente em determinadas condições estabelecidas na legislação. O tomador de serviço só contratará terceiros, exclusivamente, "mão de obra", para substituir a própria, na forma de trabalho temporário, nos termos da Lei Federal nº 6.019, de 1974 e o trabalho avulso sindicalizado, como prescreve o art.513, parágrafo único da CLT.

5.1 Terceirização na Administração Pública

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), o conceito básico de terceirização criado a tempos pela administração privada, é o mesmo para a Administração Pública que, frequentemente celebra contratos de empreitada e de fornecimento, com fundamento no art. 37, XXI da CF, de 1988, observadas as normas das Leis nº 8.666, de 1993 e Lei 8.883, de 1994, que regulamentam os contratos administrativos.

No entanto, a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, só podendo fazer aquilo que a lei determina e não aquilo que a lei não proíbe. Assim a terceirização na Administração Pública deverá estar respaldada em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilidade do servidor que praticou não sendo cabível adotá-la para

o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros, nem para funções que impliquem no exercício de poder de polícia ou na prática de atos administrativos.

De acordo com Dora Maria de Oliveira Ramos (2014), o método de gestão prescinde da noção de "atividade-meio" e "atividade-fim" para ser firmado, uma vez que tanto podem ser delegadas atividades acessórias quanto parcelas da atividade principal da prestadora do serviço.

A terceirização é uma modalidade de inserção do particular na prestação do serviço público, que se faz por meio de contrato administrativo, sendo o terceiro um mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa com o Poder Público, uma vez que não se trata de gestão do serviço público, mas prestação de serviços.

Nesse sentido Ramos (2014, p.113) afirma que “A empresa de colocação de mão-de-obra, assumindo uma atitude de exploração do trabalho alheio, intermedia a relação entre patrão e empregado, subtraindo uma parte da remuneração deste”. Nesse mesmo sentido, “Por equiparar 'trabalhador' a 'mercadoria', é prática repudiada pela doutrina e jurisprudência. A vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem”.

Vale lembrar que na Administração Pública, acresça-se que a contratação de pessoal exige realização de concurso público (artigo 37, II, da Constituição Federal). É um tratamento diferenciado em relação à empresa privada, cujo vínculo se forma pela subordinação, simplesmente.

A única exceção, a regra, é em relação às Prefeituras e Estados que não adotaram o Regime Jurídico Único, como fez a União. Nesse caso, o vínculo de emprego se formaria com Prefeitura ou Estado que ainda mantém contratação de funcionários pelo regime da CLT, desde que evidentemente estivessem presentes os requisitos do contrato de trabalho e fosse realizado o concurso público (DI PIETRO, 2014).

Dora Maria de Oliveira Ramos (2014) orienta que não há lei expressa impedindo a terceirização na atividade-fim do terceirizante, mas afirma que a justiça estabelece esta condição como presunção relativa de que, nesta situação, haverá fraude aos direitos dos trabalhadores.

Compartilhando a mesma visão, Di Pietro (2014, p.114) aduz que: “se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades; se a empresa contratada se substitui, mas os

trabalhadores continuam o que ocorre é fornecimento de mão-de-obra, porque estão presentes a personalidade e a subordinação direta”.

Sendo assim, para não caracterizar a personalidade na terceirização lícita, para a Administração Pública, independerá qual a pessoa física que irá exercer as atividades. Para ser caracterizada a subordinação direta, é necessário que o administrador público dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da empresa terceirizada e submetendo-os ao seu poder disciplinar. Então na terceirização ilícita o prestador nada mais faz do que colocar o trabalhador à disposição do tomador do serviço (RAMOS, 2014; DI PIETRO, 2014).

5.2 Terceirização na Saúde Pública – Organizações Sociais - OS

Apesar da grande discussão que se faz a respeito da terceirização quanto a sua legalidade e constitucionalidade nos serviços públicos de saúde (GONÇALVES, 2014), discutiu-se a princípio, as principais formas de contratação desse serviço.

É notória a iniciativa privada gerindo serviços de saúde pública, seja na forma de gestão ou de gerenciamento de hospitais, por se tratar de atividade não exclusiva poderá ser alocada à iniciativa privada sem fins lucrativos, as chamadas Organizações Sociais – OS, sempre em caráter complementar, como *supracitado* (BRASIL, 1997). Inicialmente, entende-se que a transferência acarretaria melhores serviços de saúde à comunidade, uma maior autonomia gerencial e, por isso, maiores responsabilidades para os dirigentes, assim como o aumento da eficiência da qualidade, atendendo melhor o cidadão-cliente a custo um menor.

Segundo Wagner Gonçalves (2014, p.64) "Por tais contratos ou *convênios*, como normalmente são designados, transfere-se, por exemplo, uma unidade hospitalar pública a um entidade civil ("*sem fins lucrativos*"), entregando-lhe o próprio estadual ou municipal, bens móveis (máquinas e aparelhos hospitalares), recursos humanos e financeiros, dando-lhe autonomia de gerência para contratar, fazer compras sem licitação; outorgando-lhe, enfim, verdadeiro mandato para gerenciamento, execução e prestação de serviços públicos de saúde".

A terceirização no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) tem previsão na própria Constituição apesar de questionada sua interpretação. Acredita-se que o constituinte considerou a princípio que a execução dos serviços de saúde é uma atividade meio, ao prever legalmente a terceirização de parte dos serviços de saúde, em seu art. 197 e 199.

Podemos observar que o serviço de saúde é de responsabilidade primária do Estado, pois este é responsável por garantir e prover as condições mínimas ao exercício ao direito à

saúde. Não obstante, o papel da iniciativa privada se dará apenas de forma complementar e subordinada as diretrizes do SUS, ocorrendo de forma excepcional. Embora não seja privativo do Estado, sendo lícito aos particulares executá-los independentemente de concessão em virtude de sua grande relevância para o interesse público, possuem tratamento constitucional diferenciado.

No caso da União, para o funcionamento da parceria (Estado/Sociedade), promulgou-se a Lei nº 9.637, de 1998, prevendo que as pessoas jurídicas de direito privado, já existentes, sem fins lucrativos, podem se qualificar como Organizações Sociais - OS, e como tais, sob a égide de um contrato de gestão. Dessa forma, receberá bens públicos e recursos financeiros, com vistas a atingir metas e resultados no desenvolvimento de atividades dirigidas às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e institucional, proteção e preservação do meio ambiente, defesa do consumidor, cidadania, cultura e saúde (CHERCHGLIA, 2015).

Legalmente falando, pode-se dizer que a finalidade da criação das Organizações Sociais foi a chamada Reforma do Estado que ganhou existência com a aprovação do “Programa Nacional de Publicização”, amparado pela própria Lei 9.637, de 1998, que autoriza a transferência pelo Poder Executivo da execução dos serviços públicos e de gestão de bens e pessoal públicos a entidades privadas especialmente qualificadas como Organizações Sociais.

É notório observar que o art. 1 da referida lei, não esclarece de forma clara o seu conceito, mas alimenta controvérsia a respeito do tema, “O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta lei” (BRASIL, 1998).

Estas entidades públicas de direito privado, não estatais, gozam de autonomia administrativa e financeira, dotadas de finalidade social, sem fins lucrativos e, desde que habilitadas pelo Poder Público, estão aptas a poder receber dotações orçamentárias e a firmar contratos de gestão com entes governamentais, fato esse repudiado pelas frentes contrárias a estas entidades (DI PIETRO, 2014).

Segundo o Hely Lopes Meireles (2014, p.119), “A criação das Organizações Sociais teve pôr fim a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Estado que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão, sendo uma nova

forma de parceria, valorizando o chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público que não necessitam ser prestados por órgãos e entidades do governo”.

Diz a Lei Federal nº 8.080, de 1990, que trata da organização e funcionamento dos serviços de saúde, em seu art. 24 “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”.

Os artigo 24 diz respeito a participação complementar, a qual será feita quando não houver disponibilidade do SUS para a cobertura assistencial à população de uma determinada área.

Da mesma forma, em seu art. 26, diz que “Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.”

O referido artigo merece certa reflexão, pois diz respeito ao controle social. Os defensores das Organizações Sociais afirmam que as mesmas estão sujeitas aos mais rígidos controles da sociedade sobre os quais discorrem exaustivamente. Apenas se esquecem de fazer menção ao que reza a nossa constituição sobre a necessária participação da comunidade no setor saúde, bem como o que normatiza a Lei 8.142, de 1990, que institui o Conselho Nacional de Saúde e a Conferência de Saúde como formas de exercer o controle social no SUS.

Há casos notórios, como o do Município de Campinas, em que o Conselho Municipal de Saúde deliberou contra o contrato de gestão com uma OS para gerir um hospital municipal, sendo solenemente ignorado pela administração municipal (CAMPINAS, 2011).

Da mesma forma, não consta que o Conselho Municipal de Saúde de São Paulo tenha dado seu aval aos inúmeros contratos de gestão lavrados com OS pela administração municipal (SÃO PAULO, 2011).

Infelizmente o que se observa é uma nítida violação de diretrizes e princípios do SUS com a falta de atendimento integral, pois com a terceirização o Estado deixa de prestar o serviço completo de saúde, transferindo totalmente ou parcialmente à iniciativa privada. Com a falta de participação da comunidade, acaba ocorrendo a entrada do serviço terceirizado, sendo muito comum, a não participação da comunidade, violando o artigo 1º, §2º, da Lei 8.142, de 1990, quanto aos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais de Saúde.

6. PESQUISA DE CAMPO – METODOLOGIA APLICADA

Na segunda parte da pesquisa, utilizou-se a metodologia sugerida por José Luís Neves (1996), o qual, utiliza a aplicação de entrevista e questionário ao grupo a ser analisado. Foram estudos qualitativos/quantitativos de amostragem aleatória intencional e proporcional, aplicada a médicos e gestores que atuam em Hospitais do Município de Santos/SP e Registrados no Conselho Regional de Medicina de São Paulo - CREMESP até 2010¹⁰.

Os dados foram coletados através da aplicação de dois questionários: (i) semiestruturado e aberto, aplicado em bloco único a Gestores/Ex-Gestores, com 7 perguntas - 5 fechadas e 2 abertas; e (ii) estruturado e fechado, aplicado aos médicos, com 24 perguntas fechadas, distribuídas em 5 blocos.

O tamanho da amostra foi calculado levando em consideração o nível de confiança desejado de 90%, para um total de 2.643 médicos¹¹, com precisão absoluta de 10% e proporção esperada para o evento estudado de 50%, resultando num tamanho amostral igual a 132 (LWANGA,1991), generalizando os resultados ao universo total. Os cálculos foram realizados utilizando o programa EpInfoTM (CDC, 2015), determinando um **n** de até 185 médicos para compensar possíveis perdas e recusas.

Dessa forma, aplicou-se os questionários aos médicos dos seguintes hospitais de Santos: Santa Casa de Misericórdia de Santos; São Lucas; Ana Costa; Guilherme Álvaro; Beneficência Portuguesa; Casa de Saúde de Santos; Hospital Municipal Dr. Arthur Domingues Pinto; Hospital e Maternidade Municipal Dr. Silvério Fontes¹².

6.1 Discussão

Os questionários foram aplicados a 185 profissionais médicos e 8 gestores. A média de tempo em cargo de Gestor Público foi ou é de 16.1±10.5 anos.

Ao analisar os resultados, estes indicaram que a medicina em Santos é exercida principalmente por profissionais jovens do sexo feminino, na faixa etária menor que 45 anos, a maioria ativa na profissão; semelhante aos obtidos em outros estudos realizados no Brasil (CRM, 2007; CREMESP, 2010).

¹⁰ O CREMESP realiza novo levantamento médico a cada 5 anos, ou seja, a próxima amostra será no final de 2015.

¹¹ Centro de Dados CREMESP/IBGE/2010.

¹² Hospitais de referência na cidade de Santos/SP.

É Notória a existência de uma grande sobrecarga de trabalho entre os médicos participante do estudo, especialmente nas atividades de plantão. Observou-se que para a manutenção de seu padrão de vida, se faz necessário muito trabalho, gerando uma baixa remuneração por hora trabalhada, ocasionando um aumento significativo no número de inserções de emprego por médico. O vínculo empregatício, como formalidade legal é deixada de lado (CREMESP, 2010; 2007), sendo que a maior parte da amostra encontra-se na informalidade, seguido pela contratação pública estatutária (concurso público), e em minoria, na forma de contrato nos termos da CLT. Já o consultório médico típico, apresentou-se com baixa frequência, fato esse, provavelmente causado pela pouca quantidade de médicos especialistas da amostra. Dessa forma, os resultados indicaram o crescimento do trabalho informal por procedimento, este relacionado a subcontratação, terceirização e precarização do trabalho médico no setor público, mas principalmente no setor privado, com redução significativa do trabalho assalariado.

Após correlacionar os dados médicos com os dos gestores/ex-gestores, encontrou-se um ponto em comum, os dois grupos, estão parcialmente satisfeitos com o trabalho médico no município, diferenciando apenas quanto ao grau de satisfação, sendo que os gestores/ex-gestores, não consideraram a hipótese de satisfação.

A terceirização do serviço de saúde pública municipal foi um ponto como visões contrárias, onde a classe médica consultada se mostrou "contrária a terceirização", diferentemente da classe gestora, que na sua maioria são "favoráveis a terceirização" de todos os serviços de saúde envolvidos. Notoriamente observou-se a falta de entendimento médico, quanto ao real significado do termo terceirização, estes correlacionam somente ao trabalho cooperado, sendo que muitos confundiam com privatização, e outros, mais novos, não tinham opinião formada.

CONCLUSÕES

O quadro da saúde pública nos dias de hoje é triste e preocupante, por essa razão a adoção de medidas legais, políticas e administrativas para tentar reverter essa situação mostra-se imperiosa e extremamente necessária. Diante da realidade apresentada buscou-se suscitar questões sobre o direito fundamental à saúde, assim como sua efetiva aplicação no seio social e a real percepção da classe médica no que tange à terceirização do serviço de saúde pública no município de Santos/SP.

As respostas às questões levantadas serão respondidas através de conclusões parciais. A primeira refere-se ao direito à saúde amparado pela Constituição Cidadã de 1988. O modelo adotado diz que o Estado tem a incumbência de prestar o serviço público de saúde, garantindo a dignidade da pessoa humana através de serviços de cunho social e eminentemente essencial, devidamente consolidados nos preceitos maiores da igualdade e da universalidade.

Observou-se que a saúde, por conta do seu *status* constitucional relevante, não se classifica como um serviço público exclusivo, porém a participação dos particulares na prestação desse serviço deverá ocorrer de forma complementar, ou seja, sempre auxiliando o Poder Público, mas nunca o substituindo. Infelizmente tal preceito não é considerado, observou-se que o gestor público acaba repassando sua responsabilidade a terceiros e na maioria das vezes, de forma pouco criteriosa.

No Brasil, a saúde pública é oferecida pelo Sistema Único de Saúde – SUS, criado através do mister de preceitos constitucionais básicos e imperativos, que busca resgatar a dignidade da pessoa humana através de sua descentralização e universalidade nos atendimentos, sendo estes totalmente gratuitos.

Já a segunda questão esta ligada aos processos de terceirização do serviço público de saúde que, conforme observado durante a revisão bibliográfica, por mais que existam formas "tidas como legais", a terceirização da gestão de saúde viola a regra do concurso público, bem como a moralidade administrativa.

Aos que defendem essa causa alegando a possível eficiência caracterizada pela suposta melhora do serviço após o repasse à iniciativa privada, acredita-se que este seja um frágil argumento e contrário as normas avaliadas. Afinal, a premissa de que a gestão por particulares é sempre satisfatória é errônea, pois o que garante o sucesso da atividade é a sua gestão, pouco importando a personalidade jurídica adotada.

Dessa forma, o meio lícito para o repasse da gestão de um serviço público para a iniciativa particular seria através da concessão de serviço público, desde que haja prévia autorização legislativa para tanto. Todavia, em se tratando de serviço público de saúde, a concessão não se mostra viável, pois essa pressupõe a exploração comercial e o serviço público de saúde pressupõe a gratuidade.

Ao contratar uma Organização Social - OS ou comparada, a administração pública passa a não realizar a contratação de pessoal que, efetivamente, prestará o serviço, ou seja, não haverá um procedimento idôneo para avaliar a habilidade e a capacidade técnica dos funcionários prestadores do serviço.

Sendo assim, independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não das medidas de terceirização da saúde pública, conclui-se que estas não são a melhor saída para o problema Brasileiro, apesar de cabíveis em alguns casos.

Por último, tem-se o fruto da pesquisa de campo, o qual se propôs investigar o principal elo entre o Estado e a população, o médico. Validou-se a amostra através de dados de pesquisas anteriores e estatísticas sobre o número de médicos total encontrados no Município de Santos/SP.

No momento foram aplicados questionários em 183 médicos e 8 gestores/ex-gestores públicos. Após correlacionar os dados encontrados na pesquisa observou-se que o perfil do médico santista vem se modificando, este encontra-se cada vez mais jovem. Outro fator que chama atenção é a sobrecarga quanto ao serviço médico, este ao buscar a manutenção de seu padrão de vida acaba trabalhando em vários locais diferentes, em média 3, sob a forma de plantão.

Quanto à terceirização do serviço de saúde municipal, os mesmos são contra, apesar do nível de insatisfação encontrado. Com posição contrária encontram-se os gestores, que são veementes a favor da terceirização de todos os serviços de saúde, pois acreditam que o aumento de salário, a redução da carga trabalhada e o aumento da equipe de serviço, não resolveriam o problema.

Segundo eles, o setor público é o principal empregador, confirmando o presente estudo, mas infelizmente, alguns profissionais utilizam-se do trabalho como “bico”, deixando de cumprir seus horários, fato esse não observado no serviço privado ou na supervisão terceirizada.

De posse do material até aqui investigado, conclui-se que a terceirização do serviço médico municipal, é inviável ao município de Santos/SP.

Levando em consideração que o principal interessado, o médico, é contra a terceirização, seria no mínimo imprudente implantar esse sistema. Vislumbra-se que o concurso público ainda seria a melhor forma de contratação, ou a mais prudente.

Cumprе salientar, que a questão da saúde pública, em si, é bem mais séria e complexa e que, por vezes, observa-se a falta do interesse político. É louvável a discussão acerca das propostas de como melhorar e implementar o serviço, mas não será “sucateando” a saúde que esse quadro precário irá desaparecer.

Embora haja uma verdadeira “infecção generalizada” no serviço público de saúde, não é dado ao Estado o direito de praticar a sua “eutanasia”.

REFERÊNCIAS

ANPM. **Congresso de Procuradores Municipais**. Associação Nacional dos Procuradores Municipais. RJ. 2014. Disponível: <<http://www.anpm.com.br/principal.asp?page=areas.asp&page2=noticias1.asp&id=272&estado=0&page3=notici>>. Acesso em: 20/08/2015.

BRASIL. **Reflexões aos Novos Gestores Municipais de Saúde**. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. CONASEMS. DF. Brasília: 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Legislação Básica do SUS**. Portal da Saúde. SUS. Disponível: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1474>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Lei nº 8.080, de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Lei nº 8.142, de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Lei nº 9.637, 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. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Lei nº 9.790, 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. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. DF: 2006.

_____. **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde/NOB-SUS 96**. Brasília: 1997. Disponível: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/nob96.pdf>>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Secretaria da Reforma do Estado: Organizações Sociais.** Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997 (Cadernos MARE; v.2).

MPDFT. **2º Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde – PROSUS.** Termo de Recomendação nº001/2007 - Referencia: PIP nº 08190.008954/07- 50. Disponível:<<http://www.pdft.gov.br/portal/>>. Acesso em: 20/08/2015.

CAMPINAS. **9ª Conferência Municipal de Saúde de Campinas,** 2011. Disponível:<http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/cms/conf_mun_saude/9a_conferencia/mocoos/mocoos_9_conf.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Editora Almedina, 2010.

CDC. **EpInfo™- Centers for Disease Control and Prevention.** Disponível:<<http://wwwn.cdc.gov/epiinfo/index.htm>>. Acesso em: 20/08/2015.

CAVALCANTI JÚNIOR, Odilon. **A terceirização das relações laborais.** Ed. UFP.Pará: 2014.

CHERCHGLIA, Mariângela Leal. **Terceirização do Trabalho nos Serviços de Saúde: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos.** CADRHU. Natal: 2015.

CHIELE, Gladimir. **Modelo Gerencial da Saúde.** Legislação e Parecer. Ed. CDP – Consultoria em Direito Público. RS: 2015.

CNS. **RELATOS. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986.** Disponível:<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1124>. Acesso em: 20/08/2015.

CREMESP. **Aumenta a Concentração de Médicos no Estado de São Paulo.** Centro de Dados IBGE/2010.Disponível:<http://www.cremesp.org.br/pdfs/medico_por_habitantes.pdf>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Estado financia Residência, mas regula pouco a oferta de profissionais.** Datafolha:2007.Disponível:<http://www.cremesp.org.br/library/modulos/centro_de_dados/arquivos/residencia_medica.pdf>. Acesso em: 20/08/2015.

_____. **Perfil do Médico no Estado de São Paulo, 2007.** Disponível:<http://www.cremesp.org.br/library/modulos/centro_de_dados/arquivos/perfil_medico.pdf>. Acesso em: 20/08/2015.

CRM. **A saúde dos médicos no Brasil.** Coord. Genário Alves Barbosa. CFM. Brasília: 2007.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

D.AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Terceirização na Saúde Pública**. MS. Brasília: 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. Atlas. São Paulo, 2015.
_____, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas**. 11ª Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo De Bem Público Por Particular**. 2ª Ed. Atlas. São Paulo, 2010.

GONÇALVES, Wagner. **Parecer sobre Terceirização e Parcerias na Saúde Pública**. Conferência Nacional de Saúde. DATASUS. Brasília: 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. In: Revista Forense, vol. 370. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2003.

HERTEL, Jaqueline C. Saiter. **As Dimensões Democráticas nas Constituições Brasileiras**. 3ª Ed. Ed. Sergio A. Fabris. Brasil, 2014.

LACERDA, Eugênia. **O SUS e o controle social: guia de referência para conselheiros municipais**. Ministério da Saúde. Brasília: 1998.

LWANGA, Stephen Kaggwa; LEMESHOW, Stanley. **Sample size determination in health studies: a practical manual**. Geneva: World Health Organization; 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ed. Malheiros, São Paulo: 2010.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. Malheiros. São Paulo: 2015.

MENDES, Eugênio Vilaça (Coord.). **Distrito Sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde**. Ed. Hucitec/Abrasco. Rio de Janeiro:1993.

_____, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**. Ed. UFS. Salvador: 2001.

NEVES, José Luís. **Pesquisa Qualitativa Características, usos e Possibilidades**. Caderno de Pesquisa em Administração. São Paulo, V.1, nº 3, 2º SEM./1996.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Agnaldo dos. **Privatização, Terceirização e Parceria nos Serviços Públicos: Conceitos e Tendências**. Instituto Pólis, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 38ª Ed. Malheiros: 2015.

SÃO PAULO. **16ª. CONFERÊNCIA MUNICIPAL DA SAÚDE / ETAPA DA 14ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2011.**
Disponível: <<http://denisveigajunior.blogspot.com/2011/06/16-conferencia-municipal-da-saude-etapa.html>>. Acesso em: 20/08/2015.