

# O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DAS TERCEIRIZAÇÕES DA SAÚDE: O CARÁTER COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA E O CONTROLE DE METAS E RESULTADOS DO CONTRATO

Clenan Renaut de Melo Pereira  
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Tocantins

Resumo: Terceirização dos serviços de saúde. Possibilidade complementar ao dever estatal. Vedação constitucional. Ministério Público. Dever de fiscalização.

A extraordinária revolução tecnológica, experimentada principalmente na segunda metade do século XX, transformou o planeta Terra em um mundo único, globalizado e sem fronteiras, com reflexos múltiplos, dentre os quais no campo ideológico, que pôs em evidência o *neoliberalismo*, ainda formulado em 1938.

No Brasil, o governo de Fernando Henrique Cardoso implementou, de forma magnânima, uma política *neoliberal*, da qual surgiu a base para a implantação do Plano Diretor da Reforma do Estado, que pregava o Estado mínimo, não intervencionista, no setor produtivo brasileiro.

Viabilizadas as chamadas parecerias públicas e privadas, a edição da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, possibilitou a transferência, à iniciativa privada, dos serviços de saúde pública, sob o fundamento de que a gestão ou gerência de unidades hospitalares não são atividades exclusivas do Estado.

A justificativa se assenta na assertiva de que o processo permitirá uma melhor qualidade dos serviços, maior produtividade, redução de custos e agilidade na aquisição de medicamentos e equipamentos médico-hospitalares, por meio de compras diretas, assim como a contratação imediata de pessoal sem o devido concurso público, além de permitir a dispensa de servidores sem os trâmites burocráticos.

Daí o termo *terceirização*, derivado de *outsourcing*, neologismo criado para denominar terceiro, ou seja, intermediário, interveniente.

Atualmente, a terceirização do setor de saúde vem extrapolando os limites legalmente permitidos – serviços gerais de limpeza, vigilância, alimentação, manutenção veicular, etc, típicas da atividade-meio – para alcançar todos os serviços da

atividade-fim, elencados como de responsabilidade do Estado com intuito de propiciar ao cidadão uma razoável qualidade de vida.

O direito à saúde é um bem jurídico tutelado pela Constituição da República. Sua importância está intimamente ligada ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a Lei Maior atribui ao Estado o dever de gestão eficiente da assistência à saúde dos cidadãos nacionais ou estrangeiros que vivem em solo brasileiro.

O art. 196 apresentado pela Constituinte de 1988 estabeleceu:

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.

Embora grande parte da doutrina classifique este dispositivo como norma programática, não se pode esquecer que o direito à saúde vem previamente esculpido como um direito fundamental no art. 6º da Carta Máxima, também destacado no art. 2º da Lei nº 8.080/90, que diz: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Assim, exige-se dos entes políticos da nação o desenvolvimento imediato de programas aptos a possibilitar o acesso universal de todos a um sistema curativo e preventivo de doenças, a fim de se manter o bem-estar físico, orgânico e psicológico de seus indivíduos.

Por isso, o Sistema Único de Saúde obrigatoriamente se sujeita à exclusiva administração estatal. Qualquer análise do art.197 da Carta Política, referente à possibilidade de participação de instituições privadas nos serviços públicos de saúde, deve ser concluída como possibilidade complementar.

Prova a assertiva o § 1º do art. 199 da *Lex Legum*, que determina:

§ 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 [...] (Grifo nosso)

Soma-se a previsão do art. 24 da Lei 8.080/90, que dispõe:

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.

Desse modo, é inconstitucional qualquer ato de governo que tente burlar o comando acima estabelecido, sendo vedada a inserção de ente privado no exercício de atividade-fim do sistema nacional de saúde.

Sobre o tema, a ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1</sup> confirma:

Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não a sua gestão operacional.

A Lei nº 8080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS “forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”, hipótese em que a participação complementar “será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.

Portanto, a administração pública não pode terceirizar serviços de saúde considerados atividades-**fim**.

---

<sup>1</sup>Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, São Paulo: Atlas, 1996, p. 109.

Lamentavelmente, nos últimos tempos, com embasamento em modelos norte-americanos, o Governo Federal e muitas unidades federativas, a exemplo do Tocantins, vem tentando implementar contratos e convênios que, em essência, repassam à iniciativa privada o dever de gerência da saúde pública, fazendo-o por vezes sem licitação às chamadas organizações sociais de saúde (OSS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou entes de colaboração com o Poder Público.

As organizações sociais de saúde, com origem em medida provisória do Governo Federal, posteriormente previstas na Lei nº 9.637/98, recebem qualificação como “entidade de interesse social e utilidade pública”, de acordo com a conveniência e oportunidade do Poder Público, desde que atendidos determinados requisitos, tornando-se aptas a celebrarem contrato de gestão com administração da coletividade nas áreas de ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico e saúde, até mesmo sem submissão à Lei nº 8.666/93.

Já a Lei Federal nº 9.790/99 inseriu no ordenamento a possibilidade das pessoas jurídicas (grupos de pessoas ou profissionais) de direito privado sem fins lucrativos serem qualificadas, pelo Ministério da Justiça, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para poderem com ele relacionar-se através de termo de parceria, desde que os seus objetivos sociais e as normas estatutárias atendam aos requisitos da lei. Diferenciam-se das “OSS”, mas institucionalizam o Terceiro Setor na Administração Pública.

As previsões legais acima mencionadas escancaram inconstitucionalidades que vêm provocando a indiscriminada terceirização da saúde no Brasil.

No julgamento da ADI 1923/DF proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face da Lei nº 9637/98, o Relator, eminente Ministro Carlos Ayres Brito, destacou.

Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “*Programa Nacional de Publicização*”. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na “*absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei*” (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e

recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços públicos de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos oficiais de ensino, a regime geral de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos. Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a serem extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir [...]

A práxis demonstra que contratos de gestão da saúde celebrados entre Governo e iniciativa privada vêm fugindo ao caráter complementar, onde o Estado vem deixando de aplicar os recursos públicos de forma efetiva no aparelhamento e capacitação de mão de obra técnica qualificada.

Em que pese o valor relevante de orçamento destinado à saúde, a malversação do dinheiro público é responsável pelas mortes de milhares de cidadãos nas filas de hospitais, onde diariamente não se encontra atendimento médico adequado, leitos, UTIs, entre outros infindáveis problemas típicos na deficiência do SUS – Sistema Único de Saúde.

Pesquisa realizada na Região Sudeste do país revela que 58% dos hospitais, objetos da avaliação, eram constituídos por entidades de natureza privada não

lucrativa; 40% por entidades privadas com fins lucrativos e apenas 2,1% eram hospitais públicos<sup>2</sup>.

O fato é condenável e a terceirização ou privatização configura mácula à Lei Maior que deve ser exaustivamente coibida, pois o que se permite é que o Estado utilize o aparelhamento privado para dar suporte adicional aos serviços de saúde, não se permitindo que a iniciativa privada utilize o aparelhamento estatal para executar serviços de saúde exclusivos da administração pública.

Ciente de tais atitudes dos Chefes do Executivo dos estados brasileiros, bem como da Gestão em nível federal, o Ministério Público Federal e o Estadual vêm manejando ações civis públicas para resgatar a ordem constitucional.

A legitimidade do *Parquet* é clara porque seu escopo é a proteção à saúde coletiva, ou seja, a defesa de direitos difusos cujos titulares são todos os membros da sociedade que, inexoravelmente, têm que receber a adequada prestação do serviço de amparo à saúde executado pelo Estado. Este não pode fugir de suas responsabilidades.

Preocupado com o risco iminente de atos administrativos explicitamente ilícitos, o Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (GNDH/CNPG) editou os seguintes enunciados:

Enunciado nº 1 – A gestão da Saúde pública deve ser exercida diretamente pela Administração Pública, devendo o Ministério Público promover medidas para garantir esta diretriz.

Enunciado nº 2 – Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade, pois a saúde é dever do Estado, necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde apenas em caráter complementar.

Enunciado nº 5 – A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender ato de gestão e administração

---

<sup>2</sup><http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude> - Formas Institucionais da Terceirização de Serviços em Hospitais da Região Sudeste do Brasil: Um Estudo Exploratório<sup>1</sup>

de unidades públicas, ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos e /ou funcionários e/ou recursos públicos.

Nessa esteira, o Ministério Público trabalha arduamente para impedir os devaneios governamentais que tentam promover a terceirização da saúde em atividades-fim, confiando que o Poder Judiciário arcará com sua missão no combate a esses tipos de atos configurados como abusivos, ilegais e inconstitucionais.

Em síntese, o Estado tem a obrigação de prestar diretamente os serviços públicos de saúde com fulcro no art. 196 da Constituição e art. 88 da Lei nº 8.088/90; o setor privado poderá participar em caráter complementar na prestação de tais serviços quando a capacidade estatal for hipossuficiente para atender à demanda; a dispensa de licitação em qualquer caso, salvo exceções especiais previstas e justificadas em lei, fere o equilíbrio do ordenamento jurídico administrativo; a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (originária da MP nº 1.591/97) é parcialmente inconstitucional, conforme declaração da Corte Suprema.

Nesse raciocínio, depreende-se que as leis estaduais, que pretendem transferir à iniciativa privada a **gestão da saúde** pública, são ilegais e inconstitucionais, posto que a *terceirização* elimina licitação para compra de material e cessão de prédios, concurso público para contratação de pessoal e outros controles próprios do regular funcionamento da coisa pública.

De outra plana, cediço que o caráter complementar da execução terceirizada dos serviços de saúde é plenamente aceitável nos moldes da Lei Maior. Nesse ponto, o *Parquet* atua fiscalizando os acordos e convênios celebrados entre o Estado e a iniciativa privada, o objeto a ser executado, a impessoalidade contratual, a economicidade, a moralidade e o cumprimento de metas e resultados.

O Ministério Público, no mister que lhe é imposto, tem por imperativo trabalhar incansavelmente para proteger os cidadãos, em especial ao carentes, propondo as medidas necessárias para que os agentes públicos cumpram as exigências estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio, sob pena de responderem por crime de responsabilidade, ilícitos de natureza cível ou penal.

Palmas, 15 de maio de 2012.