

REFORMA GERENCIAL E O DIREITO À SAÚDE PÓS-1988: a necessidade de um controle jurisdicional de políticas públicas compatível com esse modelo¹

*Grégora Beatriz Hoffmann²
Felipe Dalenogare Alves³*

RESUMO

Frente a larga proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, especificadamente à saúde, tornou-se dever do Estado garanti-lo a todos. Nessa perspectiva e, considerando os principais aspectos atinentes à Reforma gerencial da estrutura administrativa estatal, esse artigo explora as possibilidades de descentralização por meio da participação da iniciativa privada e do terceiro setor em ações e serviços públicos de saúde, dotadas de maior autonomia e flexibilidade em suas atividades, a fim de formatar e executar políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais e a capacidade do Estado em atendê-las. Em relação ao tema e na contramão das boas políticas de gestão pública, é notável o crescimento do número de demandas judiciais no campo do direito fundamental à saúde. Sendo assim, é imprescindível melhorar a gestão pública a fim de atender aos anseios públicos e afastar a falsa percepção de que a ineficiência é inerente ao serviço público. Dessa forma, busca-se verificar a aplicabilidade do modelo gerencial à Administração Pública a fim de alcançar maior racionalização dos recursos públicos, primando pelo controle de resultados, a fim de melhorar a prestação de serviços públicos e aproximar o cidadão das atividades públicas, bem como, proporcionar o direito constitucional à saúde na prática.

¹Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal, onde os autores atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

²Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Servidora Pública Municipal (Prefeitura de Santa Cruz do Sul – RS). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Email: gregora.hoffmann@gmail.com

³Doutorando (com bolsa Capes/Prosup – tipo II) e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor na Graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto – FDA. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus e da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Email: felipe@estudosdedireito.com.br

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

ABSTRACT

Considering the large protection given by Brazilian Federal Constitution of 1988 to the fundamental rights, specifically to health, became duty of the State guarantee the right to health to all citizens. In this perspective, and considering the main aspects related to the management reform of the state structure, this article explores the possibilities of decentralization for the exercise of private initiative and its activities, in order to form and execute public and organizational policies for the realization of fundamental rights, with a view to reducing the imbalance between social demands and the capacity of the State to meet people. In relation to the topic and in the policy of good health practices, it is notable the increase in the number of lawsuits in the field of the fundamental right to health. Therefore, it is imperative to improve public management in order to meet public expectations and to dispel the false perception that inefficiency is inherent in the public service. Thus, it is sought to verify the applicability of the managerial model to the Public Administration in order to achieve greater rationalization of public resources, focusing on results control, in order to improve the provision of public services and bring the citizen closer to public activities, as well as , provide the constitutional right to health in practice.

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

1 INTRODUÇÃO

A reforma do Estado é um dos temas mais atuais e mais prementes no Brasil. Uma sociedade complexa, as demandas crescentes e a dificuldade do Estado em atendê-las diante da herança patrimonialista e da defesa de privilégios pelos “donos do poder” que se apropriam dos instrumentos de governo, bem como ante ao esgotamento da administração burocrática vigente no país principalmente após 1930, no Governo Vargas, torna imperativa a reconstrução da Administração Pública Brasileira.

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

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

Isso porque a forma obsoleta de administração do modelo burocrático, que prima por processos e procedimentos (auto-referente) ao invés de resultados, já mostrou na prática ser incompatível com o Estado contemporâneo. Se o Estado do

século passado protegeu os direitos sociais prestando-os diretamente (centralizado) à população, o Estado do século XXI deve descentralizar suas atividades a fim de construir um aparelho estatal que trabalhe melhor e custe menos. Isto é, buscar aprimorar a qualidade de gestão, superar modelos obsoletos, orientar-se para o cidadão e primar pela obtenção de resultados ao invés de controlar procedimentos, concedendo a prestação de serviços públicos não exclusivos à iniciativa privada, principalmente através da contratação de entidades públicas não-estatais, mais competitivas e eficientes, orientadas pelas necessidades e perspectivas dos cidadãos já que o “serviço público” é, por essência, um serviço para o cidadão.

Sendo assim, este artigo propõe alternativas para diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais, mais especificamente em relação ao campo da saúde pública, e a capacidade do Estado.

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

Ato contínuo, trata do controle judicial da saúde na perspectiva da Administração Pública gerencial, diante do crescimento exponencial de demandas envolvendo o direito fundamental à saúde, consequência negativa da má gestão pública na prestação dos serviços públicos de saúde, esclarecendo os riscos e retrocessos que tal controle judicial irracional pode provocar sobre a saúde e sobre as demais atividades administrativas do Estado.

2 REFORMA ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DO MODELO GERENCIAL

A reconstituição da Administração Pública adotando os métodos e ensinamentos da revolução gerencial parte do pressuposto de que o modelo burocrático vigente no Estado brasileiro pode ser modernizado e é passível de inserção social. Mas para isso é preciso inicialmente entender a burocracia, a fim de que seja possível superá-la (PEREIRA, 1998).

A partir do momento em que os cidadãos passaram a afirmar seus direitos frente ao Estado Democrático, o tamanho desse Estado, agora preocupado em defender os interesses públicos, tais como educação, saúde, previdência e assistência, por exemplo, aumentou vertiginosamente quando comparado ao Estado liberal do século XIX. Isso também provocou um significativo aumento da carga tributária (PEREIRA, 2008).

Ocorre que o Estado democrático social no plano operativo permaneceu com a forma administrativa de Estado vigente no pequeno Estado Liberal. O modelo burocrático que visava sobretudo combater a corrupção e o nepotismo que apoiou o modelo patrimonialista, era incompatível com o novo cenário do país. A Administração Pública, após a segunda metade do século XX, devia passar por uma mudança política, diante da amplificação dos deveres econômicos e sociais do ente estatal, com vistas a modernizar-se e aumentar sua capacidade em atender a demanda crescente da sociedade por serviços coletivos eficientes e de menor custo. Outrossim, o Estado não poderia permanecer à margem do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial (PEREIRA, 1998).

A maior contribuição da Administração Pública burocrática foi dar efetividade ao

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

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

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

De fato, somente após o surgimento do Estado Democrático, principalmente após a conquista do sufrágio universal que começou a ficar à mostra os problemas associados à adoção da forma administrativa burocrática. Passou então a ser questionada a capacidade do modelo antigo viabilizar a prestação de serviços devidos pelo Estado democrático social, agora bem mais abrangentes do que no Estado Liberal (SOUSA, 2014).

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

Havia, e ainda há, que se alterar a convicção de que os serviços públicos são necessariamente mal prestados ou que a ineficiência é inerente à Administração Pública (PEREIRA, 1998). De fato, os cidadãos mostram-se insatisfeitos com o pagamento de impostos, primeiro em virtude do individualismo inerente a todo ser humano, mas principalmente por crerem que dinheiro recebido pelo Estado não é gasto adequadamente.

Quando se iniciou a segunda Reforma Administrativa do Estado no Brasil, a partir de 1995, justamente buscou-se priorizar às áreas sociais tendo em vista a condição social-democrática do governo brasileiro. À época, ciente que uma Administração Pública moderna traria economia e ganhos de produtividade imensos através de uma boa gestão da política social, Luiz Carlos Bresser Pereira, ministro do Governo Fernando Henrique Cardoso, constatou que embora existissem bons administradores e que esses fossem relativamente bem pagos nas áreas da economia e da infra-estrutura, com engenheiros funcionários de empresas estatais, na área social bons administradores eram uma raridade, e os salários, muito baixos (PEREIRA, 1998).

Nessa perspectiva, inicialmente fez-se necessário superar o mito de que a ineficiência dos serviços públicos se deve à falta de planejamento das políticas públicas. Na maioria das vezes o problema diz respeito não à falta de política pública, mas sim à sua implementação. Se uma política não for corretamente

administrada, ainda que corretamente formulada, torna-se muito cara em relação ao serviço prestado, e logo inefetiva (PEREIRA, 2008).

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

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

A fim de reforçar a “governança” e superar a rigidez e a ineficiência que limita sua capacidade de implementar políticas públicas, o Estado passa a orientar-se pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos ao cidadão, posto aqui como principal beneficiário destes, tendo em vista a necessidade de reduzir custos e desenvolver uma cultura gerencial nas organizações públicas (BRASIL, 2011).

Todavia, para isso é preciso equacionar os persistentes problemas patrimonialistas, a corrupção e o nepotismo, bem como os excessos formais e anacronismos do modelo burocrático tradicional. A ideia não é negar por completo os princípios e contribuições do modelo burocrático, mas sim desconsiderar algumas de suas características que já estão superadas. Até porque, algumas de características do modelo burocrático ainda se mantêm válidas como formas de garantir efetividade à Administração Pública. Dessa forma, entende-se que:

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

Quanto à reforma gerencial aplicada ao aparelho de Estado brasileiro, embora a Constituição tenha sido marcada pelo retrocesso ao modelo burocrático, em

contraposição ao Decreto-Lei nº 200, de 1967, publicado no período do regime militar no Brasil, vez que tratou de forma semelhante em diversos aspectos a Administração direta e a indireta, em 1995, foi criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, também conhecido como MARE. A ideia era, sobretudo, abafar a crise fiscal que o país atravessava na década de 90, propiciando um novo modelo de gestão pública que possibilitasse “fazer mais com menos” (SOUSA, 2014).

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

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

Embora a reforma gerencial tenha se inspirado na administração de empresas, não pode com elas ser confundida justamente porque seus critérios e objetivos são distintos. Enquanto a administração privada visa o lucro e tem sua receita advinda do pagamento que seus clientes fazem ao comprar seus produtos e serviços livremente, a Administração Pública visa o interesse público, a realização de políticas públicas democraticamente decididas, sob supervisão da sociedade, vez que sua receita é originária de contribuições obrigatórias (SOUSA, 2014).

Também em 1995, sob a coordenação de Bresser-Pereira, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que foi de suma importância para a definição das principais estratégias da reforma gerencial brasileira. Sendo assim, em consonância com o respectivo plano, a estratégia gerencial é voltada para estabelecer precisamente quais os objetivos da Administração Pública em cada uma de suas unidades, a fim de assegurar a autonomia do servidor na gestão dos recursos à sua disposição, controle e cobrança por resultados contratados, tendo em vista a participação de organizações da sociedade civil, enfatizando não mais os procedimentos (meios), mas o sim os fins pretendidos (BRASIL, 1995).

3 APLICABILIDADE DA REFORMA GERENCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No que diz respeito à solução dos problemas administrativos no campo da saúde, especificadamente quanto ao Sistema Único de Saúde, a reforma gerencial busca a efetiva municipalização da saúde pública, a fim de que os municípios superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS, fortalecendo o sistema de atenção básica de saúde (SOUSA, 2014).

A partir dos problemas de implementação do SUS, principalmente financeiros,

considerando que, em virtude da crise fiscal do Estado brasileiro, houve uma intensa política de redução de gastos públicos, e em contrapartida um significativo aumento nos custos dos serviços de saúde tendo em vista o aprimoramento tecnológico dos tratamentos médicos, buscou-se apontar as razões e as soluções para os seus problemas administrativos (SOUSA, 2014).

Para tanto, o projeto de reforma gerencial, como visto, primou pela municipalização e melhor controle local, pela descentralização e controle social, separação entre demanda e oferta, fomentando competição administrativa entre prestadores de serviços de saúde, pelo atendimento básico municipal como porta de entrada obrigatória da rede SUS, e pela responsabilização dos gestores de saúde, junto aos serviços de auditoria, aqui não dos processos, mas sim dos resultados (PEREIRA, 2008).

Nesse sentido entende-se que “a estratégia consiste em distribuir aos municípios os recursos da União disponíveis para a saúde na proporção do seu número de habitantes, ao invés de distribuí-los na proporção de leitos hospitalares existentes no município” (PEREIRA, 1998, p. 256).

O controle municipal do SUS concentra esforços na produção, ou seja, nos resultados, tendo por referência as demandas locais. Sendo assim, a partir de então, o atendimento na rede básica de saúde passa a ser a porta de entrada obrigatória para a rede hospitalar. O primeiro atendimento do paciente é feito no posto de saúde de acordo com a sua residência (sempre o mais próximo), e os médicos, integrando o Sistema de Demanda, após triagem, entendendo que o caso em específico carece de atendimento hospitalar, encaminha o cidadão, portando sua respectiva Autorização de Internação Hospitalar, AIH, aos hospitais credenciados, por meio do Sistema de Oferta (SOUSA, 2014). Cabe à autoridade municipal, agora dotada de maior responsabilidade, controlar o credenciamento de prestadores de serviços hospitalares ao Sistema de Oferta, negociando as melhores condições, e fomentado a competição pelos melhores serviços.

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

Outrossim, o SUS descentralizado permite competição administrativa entre entes públicos estatais, privados e do terceiro setor por meio das organizações sociais, compreendidas como entidades públicas não-estatais, mais flexíveis e dotadas de mais autonomia que a administração pública direta (PEREIRA, 1998).

Constata-se pelo exposto que dentre as principais pretensões da reforma gerencial dos serviços de saúde, encontram-se o objetivo de descentralizar a administração aos municípios, a fim de que esses possuam maior controle sobre os gastos, tendo em vista que os recursos serão distribuídos pelo Governo Federal de acordo com o critério populacional e o escopo de fomentar a disputa local entre os prestadores de saúde, sejam entidades privadas, públicas estatais ou públicas não estatais, visando promover o modelo de Administração gerencial através dessa última, criando por fim um sistema de triagem e regulação da entrada hospitalar feito por médicos do Estado, a fim de evitar procedimentos hospitalares desnecessários (PEREIRA, 1998).

O campo da saúde, em síntese, vem gradativamente implantando as principais propostas da reforma do Estado iniciada em 1995 sob condução de Bresser Pereira. Isso porque já a partir da elaboração da NOB-96 buscou-se, na área das políticas públicas específicas de saúde, delimitar as funções do Estado, diminuindo seu grau de interferência nas atividades produtivas e na execução dos serviços públicos, incentivando o poder público não-estatal, aumentando sua capacidade regulatória, e conseqüentemente, recuperando seu “poder de governo”, isto é, a “governabilidade” (PEREIRA, 2008).

4 CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

No que tange ao campo das discussões relacionadas às políticas públicas de saúde no Brasil, o Poder Judiciário, sob o argumento de estar aplicando preceitos da Constituição, vem mostrando-se bastante receptivo às demandas judiciais individuais postuladas contra os entes públicos. A fim de resguardar o direito fundamental à vida e à saúde, os juízes vêm concedendo os mais variados tratamentos e medicações, por vezes nem contemplados na tabela de procedimentos e medicamentos do Sistema Único de Saúde, ou mesmo ainda não registrados no Brasil, desviando vultosos recursos financeiros para o custeio de suas deliberações (PIVETTA, 2014).

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

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

Contudo, ainda que a Administração Pública apresente problemas estruturais e necessite de reformas para se tornar mais eficiente, também há que se estabelecer critérios que balizem as decisões judiciais a fim de que estas não tenham efeito devastador sobre o sistema de saúde e dificultem ainda mais a gestão dos poucos recursos públicos (CAÚLA, 2012).

Embora para doutrina e jurisprudência o entendimento seja predominantemente favorável as práticas judiciais concessivas, diversos estudos questionam os prejuízos que tais práticas judiciais causam à gestão pública. A judicialização da saúde da forma como vem sendo conduzida, em síntese, promoveria a desorganização do sistema de saúde, promoveria um déficit de recurso financeiro diante das limitações orçamentárias e dificuldades operacionais, desrespeito a separação de poderes, e principalmente o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, eficiência e universalidade de acesso as prestações de saúde (PIVETTA, 2014).

Afinal, como é possível falar de igualdade quando, por exemplo, aqueles que estão na fila aguardando transplante de órgãos têm seu direito preterido por decisão

judicial, a qual deve ser acatada, determinado o atendimento de outro? As políticas públicas de saúde devem ser direcionadas à redução das desigualdades econômicas e sociais. Todavia, a partir do momento em que os juízes assumem o papel de protagonistas na efetivação de tais políticas, normalmente beneficiam a classe média, que possui acesso qualificado à justiça, em detrimento dos mais pobres (PIVETTA, 2014).

Outrossim, ainda que o Judiciário tenha o poder de advertir a inexistência ou insuficiência de política pública, não cabe a ele formular programas a serem implementados, no lugar do administrador. Essa atitude caracterizaria afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, não bastasse a falta de competência do julgador para tanto, bem como a repercussão financeira das decisões concessivas. Pelo que determina a Constituição, cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a formulação e execução de políticas públicas (PIVETTA, 2014).

Muito embora se fundem na falsa percepção de serem precursoras da dignidade da pessoa humana, as ações judiciais desestabilizam a gestão das secretarias de saúde. Isso porque em regra os tratamentos e medicamentos concedidos, sem critério por vezes, são de altíssimo valor, conquanto nem sempre sejam mais eficazes que outros de baixo custo indicados para a mesma doença. Tal fato denota no risco de retrocesso em termos de controle. O Judiciário dificulta a implementação de políticas públicas de saúde, vez que compromete o planejamento e a execução dos serviços públicos em saúde quando baseado em laudos médicos, sem o devido estudo científico estatal, autoriza situações não previstas (PIVETTA, 2014).

Tendo em vista o crescimento exponencial e o tamanho descontrolado do ativismo judicial na área da saúde, em 2011, foi editada a Lei nº 12.401, de iniciativa parlamentar, regulamentando a assistência terapêutica disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde e sistematizando a incorporação de tecnologias de saúde. Tal lei acrescentou artigos à Lei nº 8.080/1990, lei basilar do SUS, o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 19-R, do parágrafo 2º do artigo 19-R e do artigo 19-S. A expressão “assistência terapêutica”, prevista no artigo 6º da Lei nº 8.080/1990, teve seu conceito delineado no artigo 19-M do novo mandamento legal. Sendo assim, a assistência terapêutica integral consiste em (BRASIL, 2011, www.planalto.gov.br):

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

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

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

o dispositivo em causa tem relevância muito significativa para o sistema público de saúde. Ele deixa expresso na legislação algo que o bom senso há muito já determinava e que apenas não era considerado pelas decisões concessivas: (a) que um serviço público de saúde não pode funcionar com base em um pressuposto de inexistência de qualquer limitação, padronização ou racionalização dos recursos naturalmente finitos; (b) que a determinação de quais sejam os medicamentos e procedimentos adequados ao serviço público depende de uma série de conhecimentos e considerações de natureza técnica e orçamentária que, na organização atual do Estado Brasileiro, apenas podem ser solicitados do Poder Executivo.

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

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

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

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

Ademais, percebe-se que a lei preocupou-se em estabelecer tratamentos de “primeira escolha”, com base nos documentos que considerem a doença e seus respectivos agravos, por óbvio tecnicamente estabelecida, conquanto entenda necessária igual determinação de medidas alternativas para as situações nas quais a “primeira alternativa” não tenha surtido o efeito esperado (CAÚLA, 2012).

Dessa maneira, imputa-se obrigatória a observância da “primeira escolha” por parte do administrador público, bem como pelo julgador, permitindo-se tratamento distinto somente após esgotadas as condições previstas pela lei. Deve existir prova técnica que confirme que foram superadas as tentativas de tratamento seguindo os

protocolos iniciais previstos pelo ente público, com ocorrência de intolerância ao método ou ineficácia dele, para que então se passe à análise da viabilidade de concessão de tratamento distinto do tido como tecnicamente preferencial (CAÚLA, 2012). Ou seja, em conformidade com o disposto no artigo 19-O (BRASIL, 2011, www.planalto.gov.br), deverá ser pesado comparativamente a “eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo”.

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

A nova lei, ademais, destacou a importância dos protocolos clínicos e com isso buscou combater as disfunções causadas pela judicialização excessiva da saúde por pressupor que o Poder Judiciário não mais justificaria suas decisões em simples prescrições médicas individuais. Nessa perspectiva, a instrução probatória assegurará que eventuais prestações positivas estejam fundamentadas, de forma racional e motivada, em consonância com os critérios técnicos estabelecidos pelo Ministério da Saúde (CAÚLA, 2012).

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

Seguindo os protocolos técnicos estabelecidos, e atendendo aos critérios exigidos, conseqüentemente as pretensões em desacordo serão de pronto afastadas. Outrossim, uma avaliação racional detida sobre a prescrição médica de tratamento posteriormente pleiteado junto ao Poder Judiciário vem ao encontro com o dever do Estado de proteção da saúde pública. A verificação da eficácia do tratamento em consideração à situação clínica do paciente diminui o risco das ações judiciais serem utilizadas estrategicamente por médicos mal intencionados, por vezes associados às indústrias farmacêuticas, que aproveitam-se do momento de fragilidade do cidadão e seus familiares (PIVETTA, 2014).

Fica claro que as decisões judiciais concessivas de tratamentos individuais na área das prestações de serviços de saúde, na medida em que beneficia alguns privilegiados e gera dificuldades orçamentárias em detrimento dos demais cidadãos que não vão a juízo demandar igual ação pode configurar afronta ao princípio constitucional da igualdade. O Poder Judiciário deve garantir que os direitos fundamentais sociais sejam cumpridos, conquanto deve ser criterioso afim de que não afronte o princípio da separação de poderes ou traga prejuízos ao orçamento da Administração Pública (PIVETTA, 2014).

Apenas após análise técnica sobre as diretrizes e protocolos estabelecidos para o tratamento demandado, ou no caso de não haver previsão, pautando-se racionalmente na comprovação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-

efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde é que o Poder Judiciário poderá ter condições de determinar o cumprimento da obrigação (CAÚLA, 2012).

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

Porém, ainda que o controle judicial seja indispensável na concretização do direito constitucional à saúde, tal medida deveria ser a última a ser tomada pelos cidadãos quando decidem reclamar por seus direitos. Considerando que o Brasil é um país no qual o acesso à Justiça não foi completamente democratizado, as ações individuais acabam por privilegiar quem dispõe de mais instrução em detrimento das classes menos abastadas e intensificam ainda mais a desigualdade. Diante disso, é crível que o Estado institua mecanismos que excluam a necessidade de reclamação junto ao Poder Judiciário (PIVETTA, 2014).

Inicialmente, em prol da supremacia do interesse público, deverá a Administração Pública estabelecer instrumentos administrativos prévios às demandas judiciais. No campo mais específico do direito à saúde, os casos de pedidos de tratamentos ou medicamentos não previstos na Tabela de procedimentos e medicamentos do SUS, a própria Administração Pública tem o dever de avaliar a procedência do pedido da mesma forma que agem os magistrados. Os protocolos e diretrizes que balizarão as decisões são amplamente disponibilizados pelo Ministério da Saúde, e dessa forma qualquer cidadão poderá pleitear tratamento não disponibilizado na rede sem que para isso deva necessariamente de plano recorrer ao judiciário (CAÚLA, 2012).

Ademais, a partir disso, o ente estatal poderá verificar quais as áreas de saúde em que as políticas públicas estão insuficientes, se existentes, apontando equívocos e acertos da gestão, com o propósito de corrigir as falhas e promover as mudanças necessárias. Tais questões passam a ser discutidas junto à Administração Pública, responsável pela execução dos serviços de saúde e deixam de ser prioritariamente analisadas no gabinete dos magistrados (PIVETTA, 2014).

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

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

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

racionalização da utilização dos recursos públicos, a fim de melhorar a prestação dos serviços públicos e contornar o sistêmico processo da judicialização da saúde no Brasil (PEREIRA, 1998).

5 CONCLUSÃO

A Administração Pública brasileira precisa de reformas estruturais que permitam que o Estado consiga realizar na prática os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição de 1988. Entretanto, para que as garantias constitucionais relativas à saúde saiam do papel e passem a ser realidade, é necessário superar o modelo patrimonialista e aperfeiçoar o modelo burocrático, incorporando técnicas gerenciais a fim de formatar e executar políticas públicas e serviços públicos orientados para a concretização dos direitos fundamentais, com a finalidade de diminuir o desequilíbrio existente entre as demandas sociais e a capacidade do Estado em atendê-las.

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

Após 1995, a Administração Pública gerencial vem gradativamente adaptando o sistema burocrático às necessidades do Estado moderno. Isso porque a Administração Pública burocrática, visando afastar a corrupção e o nepotismo dos serviços públicos, preocupou-se tanto em estabelecer rigorosos processos e procedimentos formalistas, que se afastou de sua principal missão: atender os interesses públicos. Lenta, cara e ineficiente, a burocracia, muito embora tenha deixado significativa contribuição acerca do sistema de mérito e profissionalização aplicada ao funcionalismo, tornou-se incompatível com as demandas crescentes do Estado democrático de Direito, especialmente porque as atribuições do Estado Social são bem mais complexas que a do Estado Liberal.

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

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

Tal sistema de gestão fortalece a governança, isto é, legitima o governo eleito e aumenta a capacidade de governar do Estado visto que a Administração Pública, voltada para o atendimento do cidadão, supera a rigidez e a ineficiência que limita

sua capacidade de implementar políticas públicas e torna-se gradativamente mais flexível e eficiente, operando sob menores custos com o propósito de conquistar a confiança da população, mais participativa após o processo de redemocratização do Estado brasileiro.

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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