O PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE (PAS) E O ABUSO DAS FORMAS JURÍDICAS[1]

MARIA PAULA DALLARI BUCCI*

— O que é o PAS — O outro lado do PAS — O abuso das formas jurídicas — Os convênios que não são convênios — O PAS e o SUS — Base constitucional da saúde — O PAS não tem metas — As cooperativas que não são cooperativas — Os cooperados do PAS não são verdadeiros sócios — Apropriação privada das sobras públicas — A questão do pessoal — Cooperativas e autogestão — A questão orçamentária — A privatização da saúde municipal com o PAS — À guisa de conclusão, ou algumas perplexidades que resultam dessa análise...

O que é o PAS

O PAS, ou Plano de Atendimento à Saúde, foi criado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, na gestão de 1993/96, como um novo modelo de gestão do serviço público de saúde no Município de São Paulo. O plano se apresenta como uma forma empresarial de gerir o serviço municipal de saúde, sob a alegação de maior eficiência e melhor desempenho do sistema público.

O PAS foi instituído inicialmente pelo Decreto Municipal nº 35.037, de 05.04.95. Posteriormente, em vista do questionamento da constitucionalidade da criação do sistema com base em decreto (ação civil pública proposta pelo Ministério Público) a maioria do Prefeito na Câmara Municipal aprovou a Lei Municipal nº 11.866, de 13.09.95, esta, por sua vez, regulamentada pelo Decreto nº 35.664, de 16.11.95 e pelo Decreto nº 35.726, de 28.11.1995.

1 Este estudo foi apresentado sob a forma de seminário, no curso "Contratos Administrativos" ministrado pela Profa. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no curso de Pós-Graduação em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em outubro de 1996. O seminário foi apresentado em conjunto com a advogada Lucimara Morais Lima.

* Assistente jurídica da USP. Mestre e doutoranda em Direito pela USP.

O propósito enunciado pela normatização do PAS é instituir um novo modelo de gestão, operação e alocação de recursos do serviço público de saúde, viabilizando o Sistema Único de Saúde (SUS) no Município.

O PAS é apresentado como uma forma de parceria entre a Prefeitura e agentes privados, por meio de convênios de cooperação celebrados entre o Município de São Paulo e cooperativas de trabalho médico, criadas especialmente para esse fim. A gestão e execução dos serviços de saúde é integralmente transferida às cooperativas criadas para atender exclusivamente o PAS, cabendo à Prefeitura apenas a supervisão e fiscalização da qualidade dos serviços.

Tanto o estatuto das cooperativas do PAS como os termos de convênio baseiam-se em minutas-padrão elaboradas pela Prefeitura Municipal de São Paulo, as últimas encartadas no Decreto nº 35.726/95.

As cooperativas de trabalho, segundo o Resumo Executivo do PAS publicado pela Secretaria Municipal da Saúde, seriam constituídas por profissionais da saúde "preferencialmente oriundos do serviço público municipal". O artigo 4º, I, da Lei nº 11.866/95, posterior ao Resumo Executivo, autoriza o Executivo Municipal a "celebrar convênios com cooperativas de trabalho constituídas exclusivamente por servidores municipais, ativos ou inativos, organizados para essa finalidade específica". Se na prática a composição das cooperativas resultou exclusiva ou apenas preferencial de servidores municipais afastados, não se têm informações sobre isso.

Os servidores que se integrem às cooperativas ficam afastados de suas funções, com prejuízo de vencimentos, mas sem prejuízo da estabilidade e da contagem do tempo para fins de "aposentadoria, disponibilidade, acesso, evolução funcional, e promoção" (artigo 12 da Lei nº 11.866/95).

Para a execução dos serviços, a Prefeitura cede às cooperativas de trabalho, mediante permissão de uso, os imóveis, equipamentos e demais bens que até então guarneciam os postos de saúde e hospitais municipais transformados em Módulos de Atendimento do PAS.

A implantação do PAS, hoje concretizada, foi feita de forma regionalizada, com a criação de 14 módulos, em 10 regiões da Administração Regional da Saúde. Cada morador é cadastrado no seu bairro, recebendo um cartão que lhe dá o direito de ser atendido no posto da sua região.

A universalidade do atendimento restringe-se às situações de emergência. O atendimento médico de rotina ou programado é feito apenas aos usuários cadastrados, observando-se a região de cadastramento. Estimava-se que seriam cadastrados em torno de três milhões de usuários, na cidade de São Paulo, de um universo potencial de dez milhões.

A remuneração das cooperativas, segundo o Resumo Executivo do Plano, inicialmente era de R$ 10,00 mensais por morador cadastrado. Segundo informações correntes, esse valor atualmente foi alterado. Não consta, entretanto, da Lei 11.866/95, do Decreto 35.644/95 ou da minuta-padrão de convênio o fator de reajuste do valor do repasse mensal às cooperativas.

O outro lado do PAS

Nos setores diretamente ligados à saúde pública no Município, contudo, não existe a unanimidade pretendida pelo discurso oficial da Prefeitura. A começar pelos

órgãos representativos da classe médica, como o Sindicado dos Médicos de São Paulo, a Federação Nacional dos Médicos e a Associação Paulista de Medicina, a iniciativa foi contestada com base na restrição à universalidade do atendimento, nos critérios de produtividade e em outros aspectos que serão analisados mais adiante.

No plano institucional, o PAS também foi objeto de contestação, principalmente por iniciativa do Ministério Público Estadual, que após a instauração de inquérito civil pela Promotoria da Cidadania propôs ações civis públicas contra aspectos ilegais da concepção do Plano e de sua execução.

Ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a legislação do PAS (Lei nº 11.866/95, Decreto nº 35.664/95 e Decreto nº 35.726/95) ensejou despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedendo liminar contra a implantação do primeiro módulo do PAS (Pirituba), para que não se criasse situação de fato, que, por sua vez, daria margem à propositura de outras inumeráveis ações judiciais (como, aliás, vem ocorrendo). Liminar cassada, em seguida, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que deu provimento, em parte, ao agravo interposto pela Prefeitura Municipal (ação direta de inconstitucionalidade nº 31.953-0/0).

Além disso, estudos, artigos de jornal e conferências foram feitos para discutir aspectos de forma e fundo do PAS. Este trabalho acompanha essa linha, no esforço de investigar ilegalidades não reveladas do PAS, as quais ocultam algo mais sério que a simples contestação ideológica à linha de ação adotada pela Prefeitura de São Paulo na gestão de 1993/96.

O abuso das formas jurídicas

O direito alemão elaborou a noção do abuso das formas jurídicas, a partir do direito tributário, para reprimir as situações em que a observância das formalidades jurídicas se faz contra o sentido da lei ou para fraudar os seus objetivos. Essa doutrina se aplica ao chamado "planejamento fiscal", técnica jurídica que permite aos contribuintes organizar seus negócios de forma a reduzir a carga tributária que seria devida se eles fossem organizados sob as formas usuais. Essa atividade caracteriza a "elisão fiscal", que é formalmente lícita[2], embora conduza à frustração dos objetivos da legislação tributária, o que leva a uma ilicitude quanto aos fins[3].

Para coibir esse procedimento, o Código Tributário Alemão de 1977, na mesma linha do anterior, dispõe, em seu § 42, que "a lei tributária não pode ser fraudada através do abuso das formas jurídicas; sempre que ocorrer abuso, a pretensão de imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada".

2 Diferentemente da evasão fiscal, que se realiza por meio de atos ilícitos, tais como a fraude e a simulação.

3 Marco Aurélio Greco, *"Planejamento Fiscal e Abuso de Direito" in Estudos sobre o Imposto de Renda, em Memória de Henry Tilbery*, coord. Ives Gandra Martins, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1994, pp. 91/105; Plínio José Marafon, *Elisão e Evasão Fiscal*, pp. 38/41.

Não pretendo, aqui, entrar na controvérsia que existe sobre a aplicabilidade da teoria do abuso das formas jurídicas no Brasil[4]. O que interessa, nesse ponto, é apenas destacar que existe na doutrina jurídica — e na melhor doutrina — construção no sentido de coibir a aplicação das formas jurídicas que contraria o seu objetivo finalístico.

O que ocorre com a implantação do PAS é o abuso das formas jurídicas, no sentido de que está se chamando de cooperativa de trabalho aquilo que rigorosamente não é cooperativa, mas sociedade de prestação de serviços. Além disso, está se utilizando a denominação de convênio para qualificar aquilo que não passa de contrato de prestação ou locação de serviços, e que estaria sujeito a todas as formalidades impostas às contratações feitas pelo poder público, em particular, ao dever de licitar.

Já se vê porque a referência à teoria alemã do abuso das formas é meramente indicativa, entre outras coisas porque no caso do PAS quem abusa das formas é o próprio poder público municipal — ou seus mandatários —, ele que seria titular de um hipotético poder de dar aos negócios jurídicos realizados impropriamente a sua forma devida.

Entretanto, essa elocubração é válida para uma análise jurídica da estratégia de criação e justificação do PAS, cujos verdadeiros objetivos não se revelam de imediato, escondidos atrás de falsas formas de "convênios" e "cooperativas" de trabalho médico. Assim, a análise do PAS nessa perspectiva se desdobra em três momentos:

A) Em termos simples e diretos, os *convênios não são convênios*, basicamente porque não há comunhão de escopo, ou convergência de interesses entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e as ditas "cooperativas". O que há é mera prestação de serviços, interesses contrapostos; de um lado, a Prefeitura querendo obter a prestação do serviço de saúde, e de outro, os médicos e demais profissionais visando a contrapartida, o preço.

B) Quanto às *"cooperativas", não são verdadeiras cooperativas*, por que não foram constituídas por iniciativa dos "cooperados", não observam os princípios cooperativos, não têm liberdade estatutária. Mais grave que isso é a lógica subjacente às "cooperativas" do PAS, que têm como premissa a "produtividade" dos médicos, em termos econômicos, que supostamente os premiaria através da remuneração, e acaba conduzindo a uma gestão do serviço "com fins lucrativos", contra o disposto no artigo 3º da Lei das Cooperativas, Lei nº 5.764/71.

C) Há, ainda, uma terceira vertente do abuso das formas jurídicas no caso do PAS, relativa ao objetivo não explicitado do sistema, de *privatizar* o serviço público de saúde no Município de São Paulo.

O que se analisa aqui sob a perspectiva da doutrina tributária alemã tem uma

4 José Wilson Ferreira Sobrinho entende que o conceito de abuso da forma jurídica não se constituiria em princípio geral de direito, não sendo, portanto, aplicável na ausência de dispositivo legal semelhante ao da lei tributária alemã (*Repertório IOB de Jurisprudência*, 1995, vol. 1, nº 9.180, o autor cita o trabalho de Luís Eduardo Schoueri, *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: "Treaty Shopping"*, RT, 1995). Contra essa posição, veja-se Amilcar de Araújo Falcão.

formulação correspondente em nosso direito administrativo, tendo merecido um capítulo da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, intitulado "Da utilização indevida da parceria com o setor privado como forma de fugir ao regime jurídico publicístico"[5]. Esse capítulo se encerra exatamente com o estudo do uso impróprio das formas jurídicas no caso do sistema de saúde municipal introduzido com o PAS.

Passo a examinar cada um dos momentos apontados, diante dos quais o leitor poderá tirar suas próprias conclusões.

Os convênios que não são convênios

Quando se sustenta a falsidade da forma convenial adotada pelo PAS, tem-se em mente a forma própria que deveria ter sido utilizada, de contratos de prestação de serviços, em que a Prefeitura Municipal contrata a prestação de um serviço e paga o preço correspondente, seja ele por unidade ou preço global. O vínculo que se estabeleceu entre a Municipalidade de São Paulo e as cooperativas do PAS, rigorosamente, não tem diferença com o vínculo mantido entre a Prefeitura e as empresas privadas de coleta de lixo ou de limpeza urbana, por exemplo. Esse vínculo, por sua vez, é substancialmente diferente daquele que se estabelece, suponha-se, entre a Universidade de São Paulo e o Estado de São Paulo para a criação e manutenção da Estação Ciência, cujos objetivos e cuja forma caracterizam um típico convênio.

A diferença entre os convênios e os contratos de prestação de serviço resulta mais do tipo de relação que se estabelece entre as partes que do tratamento conferido a cada um pela lei. Hely Lopes Meirelles adotava um conceito substancial de convênio (ainda hoje não superado), definindo-o como "o ato bilateral por meio do qual pessoas de direito público ou privado ajustam a conjugação de esforços para o atingimento do objetivo comum, como a prestação de certo serviço ou execução de obra, facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo"[6].

A legislação brasileira nunca disciplinou em pormenores a figura dos convênios e ainda hoje a Lei nº 8.666/93 os trata menos como tipos legais próprios que como exceções à figura dos contratos. Aos convênios aplica-se o artigo 116 da lei e a disciplina geral dos contratos administrativos "no que couber"[7].

Assim, quando a natureza da relação entre as partes é de colaboração em função da existência de objetivos institucionais comuns, pode-se dizer que há convênio. Fora dessa hipótese, nos inúmeros casos em que é duvidosa a caracterização como convênio ou contrato[8], há de se adotar a disciplina legal mais rigorosa.

Um dos efeitos da distinção entre contratos e convênios é a obrigação de licitar a que estão sujeitos os primeiros e não os segundos.

5 *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1996, pp. 118/127.

6 *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 17ª edição, p. 354.

7 Para um histórico da evolução do tratamento dos convênios na legislação brasileira, veja-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 114.

8 Odete Medauar, *"Convênios e Consórcios Administrativos"*, Boletim de Direito Administrativo, agosto de 1995, p. 454/455.

Mais uma vez, valho-me das lições de Maria Sylvia Di Pietro para a síntese das diferenças:

"Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666/93 são necessariamente precedidos de licitação — com as ressalvas legais —, no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*. Não se cogita de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do artigo 2º da Lei nº 8.666; no *caput* é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando *contratadas* com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a 'estipulação de obrigações recíprocas' a que se refere o dispositivo."[9]

E conclui a administrativista, categoricamente:

"Há que se lembrar, contudo, que não obstante a denominação de 'convênio' ou 'protocolo de intenções' ou 'termo de compromisso', ou outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão *seja qual for a denominação utilizada*, inserida na parte final do parágrafo único do artigo 2º."[10]

No caso específico do PAS, Maria Sylvia entende haver um misto de convênio, prestação de serviços e concessão de serviço público:

"Na realidade, referidas Cooperativas estão desempenhando, em relação aos serviços municipais de saúde, o mesmo papel que desempenham as fundações de apoio referidas no item 9.1: elas vivem exclusivamente em função do vínculo com o Município; não têm patrimônio próprio; utilizam as instalações públicas com todos os equipamentos públicos; grande parte dos cooperados são servidores públicos afastados ou exonerados, que apenas mudam o título sobre o qual prestam o serviço e deixam de se submeter às normas constitucionais e infraconstitucionais sobre servidores públicos; seus salários também não sofrem mais as limitações constitucionais próprias dos servidores; já não estão sujeitos à proibição de acumular cargos, empregos e funções; não mais oneram a folha de pagamento de servidores do Município; no entanto, continuam a receber salários provenientes dos cofres públicos; deixa de aplicar-se a lei de licitações e contratos.

Enfim, tais cooperativas, à semelhança das fundações de apoio, são nada mais nada menos do que uma roupagem de que se reveste um órgão público para permitir a atuação sob os moldes da empresa privada e para permitir ao Município aliviar a folha de pagamento dos servidores públicos."[11]

Tem-se, portanto, da confluência das duas observações, que não se tratando, a

9 *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1995, p. 216.

10 Idem, ibidem, grifos no original.

11 *Parcerias na Administração Pública*, p. 127.

contratação das cooperativas do PAS, de convênio, na estrita definição de colaboração para a realização de objetivo institucional comum, a hipótese é de contrato de prestação de serviços, regido pela Lei nº 8.666 e sujeito à regra geral da licitação. A situação é a mesma que ocorre quando a Prefeitura seleciona empresas privadas para a coleta de lixo no Município[12], sempre mediante licitação pública, nesse caso até com mais rigor e detalhamento, uma vez que o objeto da contratação do PAS é a transferência da gestão do serviço de saúde e não apenas a sua execução.

O PAS e o SUS

A opção pela figura dos convênios para a contratação dos serviços de saúde contou com duas facilidades decorrentes do ordenamento constitucional brasileiro. A primeira delas é a previsão constitucional dos convênios em matéria de saúde. E a segunda é a utilização dos convênios para o repasse de recursos entre as esferas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Cabe destacar a profunda transformação da disciplina jurídica da saúde na Constituição Federal de 1988, que representou uma verdadeira "emancipação" desse direito social. A ela seguiu-se a edição de normas importantes, a começar pela Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, que representa um grande esforço de racionalização do sistema de saúde em nível nacional, uma vez que procura distribuir e equilibrar as competências da União e de Estados e Municípios, sendo resultado de um longo processo de elaboração do qual participou grande número de profissionais da saúde.

Embora se possa questionar a pequena efetividade do direito à saúde até agora resultante do novo sistema, é fato o SUS se tornou o ponto de partida dominante para propostas e debates na área de saúde pública, até por imposição constitucional, diante do artigo 198 da Constituição de 1988: "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."

O PAS é a única iniciativa que se conhece de "rebeldia" pública contra a estrutura do SUS, sem qualquer preocupação em articular-se com as iniciativas políticas nacional e estadual de saúde. Essa crítica foi feita pelo médico Raul Cutait, ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo[13], para quem o projeto falhava ao não se articular com a política de saúde do Estado, o que comprometeria a intenção de prestar atendimento regionalizado[14]. Além disso, o ex-Secretário questionava a

12 No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari, *"Doença legal da saúde"*, artigo publicado na coluna Tendências e Debates da *Folha de S. Paulo*, 12.01.96.

13 Janeiro a julho de 1993, o primeiro dos quatro Secretários de Saúde da Administração Paulo Maluf.

14 *Folha de S. Paulo*, 06.04.1995.

capacidade de fiscalização da Prefeitura sobre as cooperativas e a falta de mecanismos de controle da qualidade de atendimento. Finalmente o mais grave, na sua opinião, era a ausência de meios de controle por parte da população interessada.

E isso a despeito da existência de condições financeiras particularmente favoráveis à implantação do SUS na cidade de São Paulo, como sustentou o presidente da Federação Nacional dos Médicos, Dr. Eurípides Carvalho:

"Dissonante do Sistema Único de Saúde, contra a vontade dos médicos e da sociedade civil organizada, o PAS foi imposto pela Prefeitura de São Paulo como alternativa de gestão que solucionaria a crise da saúde.

Seus idealizadores subestimam o fato de que os problemas crônicos do setor saúde têm como determinantes o escasso investimento — que corresponde a R$ 90,00 por pessoa/ano — e os baixos salários dos profissionais que atuam na área.

São Paulo teria hoje condições de reformar a saúde sem violentar o SUS e sem sacrificar a vida dos cidadãos. Em 96 projeta-se para a cidade o gasto público com saúde de R$ 150,00 pessoa/ano, quase o dobro da média nacional. Além disso, o SUS permite atualmente o repasse direto de recursos do governo federal para o município, proporcionando autonomia de gestão que não existia nos governos Jânio Quadros e Luiza Erundina.

O descaso de Maluf com a saúde ficou claro em 94. Mesmo com déficit de 1.500 médicos e mil leitos hospitalares, a prefeitura deixou de gastar R$ 119,4 milhões, dinheiro supostamente utilizado para financiar o plano viário do governo municipal. Nem sequer implantou o quadro de pessoal da saúde e o novo piso para os médicos aprovado pela Câmara Municipal, de acordo com reivindicação nacional da categoria." [15]

Base constitucional da saúde

Como se disse acima, uma das razões que facilitaria a utilização imprópria da figura dos convênios no âmbito do PAS é a previsão expressa desse instrumento na Constituição Federal, no mesmo dispositivo que trata da participação das entidades privadas no sistema público de saúde:

"Artigo 199, § 1º: As instituições privadas poderão participar de forma complementar dos sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

Diante desse dispositivo, o problema se desloca para o nível infraconstitucional, onde se encontrariam os critérios para se distinguir as hipóteses de convênio das de contrato — nem sempre facilmente distinguíveis, como se viu. "Contrato de direito público", locução influenciada pelo direito administrativo alemão, deve ser entendido como expressão sinônima de "contrato administrativo", expressão entre nós

15 *Folha de S. Paulo*, 15.01.96.

consagrada por influência do direito francês[16]. Seria o contrato sujeito ao regime de direito público, como o são, aliás, todos os contratos em que a Administração pública toma parte, no Brasil, desde a edição da Lei nº 8.666/93.

A partir da permissão constitucional, portanto, a despeito da grande utilização dos convênios, como instrumento de formalização dos repasses de recursos alocados para o Sistema Único de Saúde, restabelece-se o problema da definição da forma legal de convênio ou de contrato, cuja solução há de se pautar pela disciplina contratual geral da Administração Pública.

Os repasses entre pessoas jurídicas de direito público, como por exemplo, da União para os Municípios, são típicos convênios, uma vez que há conjugação de esforços para a realização de um objetivo comum o financiamento da saúde pública. Por outro lado, se houver elementos que caracterizem a prestação de serviços, contra o recebimento de contrapartida pelo prestador (no caso, a cooperativa), ausente a comunhão de escopo entre as partes, o ajuste deve ser considerado contrato e submetido às exigências legais pertinentes, entre as quais a da licitação.

No que diz respeito à participação de instituições privadas no sistema público de saúde, Sebastião Tojal sustenta que "parceria não condiz com complementaridade" e que a transferência da gestão do serviço municipal de saúde por entidades privadas (ou falsamente privadas, pouco importa) são argumentos suficientes para caracterizar a inconstitucionalidade do PAS[17]. Realmente, a idéia de complementaridade conota uma participação mais restrita das entidades particulares no sistema público de saúde e foi disciplinada pela Lei Orgânica da Saúde, cujo artigo 24 dispõe: "Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada".

A Portaria nº 1.695, de 23.09.94, do Ministério da Saúde, estabelece "normas gerais para a participação preferencial de entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos no SUS e define o regime de parceria entre o Poder Público e essas entidades", na mesma linha, regulamenta o § 1º do artigo 199 da seguinte forma: "Artigo 2º — Depois de esgotada a capacidade de prestação de ações e serviços de saúde, pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional, a direção do SUS em cada esfera de governo dará preferência, para participação complementar no sistema, às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos, com as quais celebrará convênio".

Tem razão, portanto, o Prof. Tojal, ao afirmar a ausência de base constitucional ou legal para se entregar a gestão do serviço a entidades privadas. A parceria que se ofereceu às cooperativas do PAS é muito mais do que simples complementaridade, na medida em que as decisões sobre a administração do sistema público de saúde saíram das mãos do município, que conservou apenas os poderes de "supervisão e fiscalização".

16 Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

17 Sebastião Botto de Barros Tojal, parecer *"A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social. Razões da inconstitucionalidade do Plano de Atendimento à Saúde"*.

O PAS não tem metas

Pode-se estabelecer um paralelo entre o que ocorre no PAS por meio de convênio — a transferência da gestão e execução do serviço público para entidades privadas — e aquilo que pretende o governo federal criar sob a denominação de organizações sociais, objeto de projeto de lei em tramitação pelo Congresso Nacional e de medida provisória a ser editada em breve, segundo vem sendo anunciado.

As organizações sociais, segundo o projeto de lei do governo, seriam "entidades públicas não estatais, constituídas sob a forma de fundação privada ou sociedade civil sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à prestação de serviços nas áreas de saúde, previdência e assistência social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, pesquisa, comunicação social, meio ambiente, proteção à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e ao índio, além de outros serviços de interesse coletivo ou de natureza assistencial"[18]. Na estratégia do governo federal, as organizações sociais seriam instrumentos para a implementação do chamado Programa Nacional de Publicização, que rigorosamente é um grande programa de privatização de serviços públicos de natureza social.

Quanto ao relacionamento entre as organizações sociais e o Estado-titular do serviço público, há outro ponto de semelhança com os convênios, centrado na estipulação contratual das obrigações e compromissos das partes. Nas organizações sociais, essa estipulação seria feita por meio de um "contrato de gestão", cujas metas seriam previamente estabelecidas, juntamente com os prazos de execução e os critérios de avaliação de desempenho e qualidade.

E esse é um ponto em que fica visível a inconsistência do projeto das organizações sociais, sob o ponto de vista da inovação legislativa, pois aquilo que se deseja estipular por meio dos contratos de gestão poderia ser feito por meio do instrumento legal do convênio, que já tem experiência de aplicação no Brasil. Só um mal disfarçado intuito de privatização de atividades que a rigor não são privatizáveis (ou cuja privatização escancarada custaria a perda da legitimidade ao governo) justificaria a proposição dessa figura canhestra, meio pública, meio privada, cuja implantação na realidade brasileira há de ser mais um elemento de desorganização da atuação do Estado.

Voltando à questão das metas, parece-me que esse é um ponto extremamente importante a fixar, se o objetivo real da organização social, assim como do convênio, é obter resultados de qualidade com a transferência da atividade para entidades privadas e não apenas o desencargo do poder público com a prestação do serviço. É oportuno lembrar que a Lei de Licitações, nº 8.666/93, ao tratar dos convênios, também exige o estabelecimento de metas, no artigo 116, §1º, II.

E "meta" não pode ser entendida como objetivo genérico; é um termo que conota resultado, em termos quantitativos. O conceito de meta é utilizado na legislação de orçamento público, a Lei nº 4.320/64, cujo artigo 25, parágrafo único, dispõe:

18 Projeto transcrito e comentado por Nina Ranieri, *"Descentralização: o Projeto Organizações Sociais"*, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 15, pp. 97/105.

"Parágrafo único — Consideram-se metas os resultados que se pretende obter com a realização de cada programa".

"Como se vê, a regra é correlacionar metas e programas em termos de realização de obras e de prestação de serviços. O parágrafo único define o que é meta, isto é, o objetivo quantificado que a Administração tem em vista atingir" [19].

Entretanto, nos convênios do PAS, as metas são referidas genericamente, sem menção a quantidades, o que implica não só uma ilegalidade formal, por desrespeito ao artigo 116 da Lei nº 8.666, mas a ausência de um parâmetro objetivo que permita verificar o bom ou mau desempenho das cooperativas.

Mas a ausência desse parâmetro, que permitiria um controle verdadeiro de qualidade por parte dos administrados, não é casual. No plano político, o Prefeito tem consciência da importância do anúncio de metas, tanto assim que as declarações feitas à imprensa referem a quantidade de pessoas que se objetivava cadastrar com a implantação do PAS, ainda que de maneira imprecisa (3 milhões de pessoas carentes, segundo declaração a *O Estado de S. Paulo*, 06.04.95, ou 4 milhões, segundo declaração dada à *Folha de S. Paulo* no mesmo dia).

No entanto, do instrumento jurídico do convênio, que por determinação legal deveria apresentar as metas, não consta quantificação de resultado que possa merecer esse nome. A minuta padrão de convênio aprovada pelo Decreto nº 35.726/95, cláusula 4ª, fala apenas em "melhorar o atendimento...", "estimular a participação...", "facilitar o acesso..." etc. Mas isso não são metas!

Como se vê, o problema não é de encontrar formas jurídicas novas (ou novidadeiras), mas de aplicar o que já existe no nosso direito com espírito inovador, realmente voltado à realização dos direitos sociais.

As cooperativas que não são cooperativas

As cooperativas tiveram ampla utilização no Brasil nos anos 50 e 60 e entraram em declínio nos anos 70, após a edição da Lei nº 5764/71, entre outras razões, devido à implantação de um modelo econômico baseado na concentração de capital.

Com as alterações da economia, no fim da década de 80 e início da de 90, volta-se a falar em cooperativas, que são formas jurídicas relativamente maleáveis e propícias à congregação de agentes econômicos não organizados, como é o caso, por exemplo, de ex-empregados de uma indústria, associados de um sindicato etc. Na falência das grandes iniciativas públicas de crédito, como ocorreu no caso da habitação, com o fim do Banco Nacional da Habitação, as cooperativas voltam a se apresentar como alternativas viáveis para a organização de pessoas em torno de um objetivo econômico[20].

19 *A Lei nº 4.320 comentada*, J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, Rio de Janeiro, IBAM, 27ª edição, 1996, p. 70.

20 Ver meu *Aspectos Jurídicos do Cooperativismo e das Cooperativas de Habitação no Brasil*, dissertação apresentada em 1994 junto ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP.

O que caracteriza a cooperativa é o fato de se tratar de pessoa jurídica que é, ao mesmo tempo, associação de pessoas e empresa econômica. Seu objetivo é a prestação de serviços de natureza econômica, por meio da reunião dos associados pela ajuda mútua.

Nessa linha, a Lei nº 5.764/71 define as sociedades cooperativas como sociedades civis, e em seu artigo 3º dispõe: "Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro."

A análise do surgimento e da evolução histórica das sociedades cooperativas no mundo mostra que uma das peculiaridades desse que hoje é um tipo legal do direito brasileiro é a variedade de formas jurídicas que assumiram as cooperativas no seu início.

É tida como a primeira sociedade cooperativa a se organizar sob esse nome a Sociedade dos Pioneiros de Rochdale, cooperativa de consumo criada por tecelões em 1844, na Inglaterra, com base nos princípios da solidariedade que vinham da filosofia reformista do século XIX, cujo maior expoente talvez seja Robert Owen. Na ausência de norma específica, a cooperativa de Rochdale foi constituída com base no Friendly Societies Act, de 1832, a lei das sociedades de socorros mútuos ou associações de caridade. Outras cooperativas foram criadas na Inglaterra e na Europa, tendo como elemento comum com a primeira cooperativa a grande importância dos princípios nos quais se expressava a idéia central da solidariedade.

Os princípios de Rochdale são o elemento unificador da forma cooperativa no mundo todo, como reconheceu o Congresso da Aliança Cooperativa Internacional, de Praga, 1948: "Será considerada como sociedade cooperativa, qualquer que seja a sua conceituação legal, toda a associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros, através da exploração de uma empresa sobre a base da ajuda mútua e que observe os princípios de Rochdale.[21]"

Os sucessivos Congressos da Aliança Cooperativa Internacional ocuparam-se da síntese dos princípios do cooperativismo, tendo chegado a quatro fundamentais no Congresso de Paris de 1937[22], posteriormente revistos na atualização do Congresso de Viena, de 1966, como os seguintes:

"1) Adesão livre: o ingresso dos associados deve ser feito livremente, sem nenhuma restrição de ordem política, social ou religiosa por parte das cooperativas, permitindo a todos os que queiram se utilizar dos seus serviços e aceitar as responsabilidades de associados que nelas ingressem livremente;

2) Gestão democrática: as cooperativas são organizações democráticas e seus negócios devem ser administrados por pessoas eleitas ou designadas por seus associados. Os membros das cooperativas singulares gozam de direitos iguais de voto

21 Waldírio Bulgarelli, *Elaboração do Direito Cooperativo. Um ensaio de autonomia,* São Paulo, Editora Atlas S.A, 1967, p. 35.

22 1) adesão livre; 2) um voto por associado, independente do número de cotas-parte; 3) distribuição dos excedentes proporcionalmente às transações dos membros; 4) juros limitados ao capital social, além dos princípios acessórios da neutralidade, vendas à vista e desenvolvimento da educação.

(uma voz, um voto), e de participação nas decisões das suas cooperativas. Nas cooperativas que não sejam de primeiro grau, a administração deve também ser exercida democraticamente;

3) Juros limitados sobre o capital: as cooperativas podem ou não distribuir juros sobre o capital; em caso positivo, estes devem ter taxas limitadas;

4) Retorno: as sobras pertencem aos associados e devem ser distribuídas de forma a não permitir que uns ganhem à custa de outros. Essa distribuição, feita por decisão dos associados, pode ser: a) para o desenvolvimento da cooperativa; b) para a provisão de serviços comuns; e c) para distribuição entre os associados, em proporção às suas operações com a sociedade;

5) Desenvolvimento da educação: todas as cooperativas devem criar fundos para a educação dos seus membros, dos dirigentes, dos empregados e do público em geral, de acordo com os princípios e a técnica da cooperação e do cooperativismo;

6) Colaboração intercooperativa: todas as organizações cooperativas, tendo em vista melhor servir os interesses dos seus associados e da comunidade, devem colaborar efetivamente com outras cooperativas locais, nacionais e internacionais."[23]

A cooperativa, portanto, é uma figura jurídica por via da qual se associam pessoas, para a realização de um objetivo econômico, por meio de ações de solidariedade e ajuda mútua. A atividade econômica da cooperativa, pode-se dizer, é uma extensão da atividade econômica dos associados, a sociedade age na condição de mandatária dos cooperados[24].

Nas cooperativas organizadas em sentido próprio elimina-se a figura do intermediário, uma vez que a cooperativa apenas age em nome dos associados. É isso o que justifica o tratamento tributário diferenciado do ato realizado entre a sociedade e o cooperado, denominado "ato cooperativo" (artigo 79 da Lei nº 5.764/71), para que não haja dupla incidência tributária sobre o negócio realizado entre o sócio e a cooperativa e depois entre a cooperativa, como extensão do sócio, e um terceiro.

Importante destacar que quando determinada atividade econômica é desenvolvida sob a forma cooperativa, cada cooperado se transforma em sócio. Assim, por exemplo, quando uma sociedade industrial em dificuldades financeiras decide transformar-se em cooperativa e fazer de seus empregados sócios, esses passam a assumir, juntamente com o ex-patrão, todas as vantagens e os riscos inerentes à condição de empresários. Se a empresa prosperar, cada cooperado prosperará também. Se, ao contrário, for mal, cada cooperado arcará com as perdas.

Os cooperados do PAS não são verdadeiros sócios

Esse é um dos pontos em que se revela a impropriedade das cooperativas do PAS, pois os associados não assumem o risco empresarial da atividade, quem o

23 Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 29.

24 Assim dispõe expressamente o estatuto da UNIMED-Cooperativa de Trabalho Médico-Campinas no artigo 2º, ao tratar dos objetivos: "Nos contratos celebrados, a Cooperativa representará os cooperados coletivamente, agindo como sua mandatária."

assume é exclusivamente a Prefeitura. Isso fica evidente ao compararmos o estatuto padrão das cooperativas do PAS com o estatuto de uma cooperativa da UNIMED, a cooperativa de trabalho de maior tradição no Brasil.

Como se viu acima, um dos princípios das cooperativas é o retorno das sobras proporcionalmente às operações realizadas com a cooperativa. Esse princípio é expressamente admitido na lei brasileira, artigo 4º, VII: "retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da assembléia geral".

Esse princípio é um traço distintivo entre as cooperativas e as sociedades comerciais, posto que nas últimas a participação nos resultados (lucros) se faz na proporção do capital social. Como nas cooperativas os elementos preponderantes são as pessoas e a solidariedade, o capital é mero instrumento, é irrelevante para o rateio das sobras (na cooperativa, não há lucros, apenas sobras) a participação de cada um no capital.

O procedimento de retorno das sobras é uma conseqüência da condição de mandatária que a cooperativa assume em relação aos sócios. Aquele que tiver realizado mais operações com a sociedade, e que portanto tiver contribuído mais ativamente para o seu bom resultado, receberá um retorno maior; aquele que tiver poucas operações, receberá um retorno menor. Independentemente da área de atuação da cooperativa, o procedimento é sempre o mesmo. Numa cooperativa de consumo, quem tiver consumido mais terá maior participação no rateio das sobras; numa cooperativa de distribuição, quem tiver entregado mais produtos para distribuição, e assim por diante.

Evidentemente, quando se fala em sobras, supõe-se o resultado positivo do balanço. Mas o procedimento é em tudo semelhante quando o balanço apontar perdas e não sobras no exercício. O rateio das perdas se faz proporcionalmente às operações realizadas pelo associado com a cooperativa. Essa é uma conseqüência lógica do sistema cooperativo, igualmente prevista na lei brasileira (artigo 44, ao tratar da prestação de contas dos órgãos de administração da cooperativa à assembléia geral, prevê a apresentação de "demonstrativo das sobras apuradas ou das perdas decorrentes da insuficiência das contribuições para cobertura das despesas da sociedade").

Entretanto, a despeito da clareza e da lógica do sistema, que leva uma cooperativa verdadeira a prever o rateio das sobras e das perdas no seu estatuto, a cooperativa do PAS não rateia as perdas entre os sócios. Caso o balanço do ano seja negativo, o que é absolutamente possível, dada a natureza e o custo dos serviços — o atendimento à saúde é historicamente uma atividade deficitária do Estado — caberá à Prefeitura arcar com as perdas!

Vejamos como a situação é regulada numa cooperativa de trabalho médico:

"Art. 52 — Das sobras verificadas serão deduzidas as seguintes as seguintes taxas:

a) 10% para o Fundo de Reserva;

b) 5% para o Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social;

§ 1º — As sobras líquidas apuradas na forma deste artigo serão distribuídas aos associados na proporção das operações que houverem realizado com a cooperativa,

após a aprovação do balanço pela Assembléia Geral Ordinária, salvo decisão diversa desta.

§ 2º *As perdas verificadas*, que não tenham cobertura no Fundo de Reserva, *serão rateadas entre os associados* após a aprovação do balanço pela Assembléia Geral Ordinária na proporção das operações que houverem realizado com a cooperativa.[25]"

Comparemos com o que estabelece o Estatuto padrão das cooperativas do PAS:

"Art. 58 — As sobras líquidas no exercício, depois de deduzidas as taxas para os fundos indivisíveis, serão rateadas entre os associados, em partes diretamente proporcionais aos serviços usufruídos da cooperativa, no período, salvo deliberação diversa da Assembléia Geral.

Art. 59 — Os prejuízos de cada exercício apurados em balanço serão cobertos com o saldo do fundo de reserva."[26]

Ora, mas e se o fundo de reserva não for suficiente? O silêncio do Estatuto diz tudo. Ao contrário dos sócios da cooperativa verdadeira, que rateiam o prejuízo, a ser reposto com recursos pessoais, nas cooperativas do PAS o prejuízo é da Prefeitura, o que demonstra a inconsistência da apresentação do sistema como de "preço fechado". A remuneração de R$ 10,00 por morador cadastrado não diz nada, pois se houver mau gerenciamento dos recursos e a conta total superar esse valor, haverá o socorro do Tesouro Municipal.

Apropriação privada das sobras públicas

Mas uma questão muito mais grave em relação às sobras é a possibilidade que se criou, por força do artigo 58 do Estatuto-padrão, de que o serviço venha a se tornar lucrativo, e que o lucro (as falsas "sobras") seja apropriado pelos cooperados.

Raciocinemos em termos da produtividade das cooperativas, que foi amplamente alardeada como vantagem desse sistema no momento de criação do PAS.

Quanto maior a produtividade, mais se fará com a remuneração fixa do serviço, de R$ 10,00 por morador cadastrado. Não se perca de vista que as receitas das cooperativas do PAS são integralmente provenientes do repasse feito pela Prefeitura; não há venda de serviços a terceiros.

Essa alta produtividade tanto poderia ser resultado de uma administração de qualidade, que otimizasse o aproveitamento dos recursos, como de uma opção pela redução genérica dos custos. Não há nada na lei ou no decreto que garanta uma ou outra opção.

A experiência concreta vem demonstrando que a "produtividade" dos recursos vem sendo obtida pela adoção da primeira política, de redução de custos do serviço.

O PAS fez uma opção quase exclusiva pelo atendimento primário de saúde,

25 Estatuto da UNIMED-Campinas, grifos meus.

26 Resumo Executivo do Plano de Atendimento à Saúde, publicação da Prefeitura Municipal de São Paulo.

excluindo-se do serviço municipal o atendimento secundário ou terciário. Isso, em primeiro lugar, porque foram desativados os serviços especializados (por exemplo, o Hospital Menino Jesus, hospital de referência na área de pediatria, cujos médicos hoje estão espalhados pelas Secretarias Municipais, sem ocupação definida).

Além disso, houve uma orientação, denunciada pelo Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, José da Silva Guedes, de repassar os casos graves à rede estadual: "É uma decorrência do tipo de atendimento que eles estão fazendo. (...) As cooperativas de médicos que sustentam o PAS repassam adiante a despesa com internações mais longas e com casos que exigem tratamentos mais caros. 'Eles não têm solução para os casos mais graves e, com o paciente à porta, o Estado não tem como dizer não', argumenta o secretário. 'O SUS atende com um custo mais baixo do que o PAS', avalia.[27]"

Havendo "produtividade" dos recursos, seja ela decorrente do melhor aproveitamento ou apenas da exclusão dos serviços de alto custo, a margem econômica obtida tanto poderá ser reinvestida no próprio serviço, como poderá se tornar, ao final do exercício, sobra da cooperativa. Não há nenhum dispositivo que obrigue a reaplicação das sobras na melhoria do serviço. E esse é o grande problema.

A possibilidade estatutária de retorno das sobras é ilegal, já que, rigorosamente, não se trata de retorno, pois o retorno é a volta dos recursos ou do trabalho prestado pelo associado à cooperativa. No caso do PAS, os recursos só têm "ida", uma vez que não provieram das contribuições dos associados. Além disso, a remuneração da cooperativa pela Prefeitura não é proporcional aos serviços realizados, o preço é fixo, de R$ 10,00 por morador cadastrado, independentemente de se realizar uma ou mil consultas, dez ou dez mil cirurgias.

Portanto, o retorno das sobras nas cooperativas do PAS é uma forma inequívoca de apropriação privada de recursos públicos. E mais grave que isso é que a lógica sobre a qual foi estruturado o sistema favorece a existência das sobras, uma vez que estimula a "produtividade", sem parâmetros de qualidade (não há metas, quantificação de resultados, como se viu acima). Ora, se não há critérios públicos e claros de qualidade, o primeiro e grande objetivo a atingir com a "produtividade" é a redução de custo do serviço, e o estímulo aos "cooperados" do PAS para isso é a

27 *O Estado de S. Paulo*, em 15.10.1996. A mesma denúncia é reiterada pelo médico e deputado estadual Walter Feldman: "Vamos expor agora alguns números que desmentem o *marketing* do PAS. Eles podem ser encontrados na página da Internet da própria Secretaria Municipal da Saúde e mostram que, paulatinamente, a rede foi deixando de oferecer serviços à população: — O atendimento de urgência/emergência em 1992 dava cobertura a 4.932.000 pessoas. Caiu para 4.300.000 em 1993 e para 3.350.000 em 94, fase de pré-implantação do novo modelo. — O número de leitos hospitalares da rede municipal caiu de 1.956, em 92, para 1.795, em 94. — Em 1.992 foram vacinados pouco menos de 2.600.000 crianças no muncípio. Em 1994, esse número caiu para 2.071.000. Como se vê, quem está cobrindo as deficiências do PAS são os hospitais públicos, que ficam com a responsabilidade das doenças mais graves, de alto custo e que requerem recursos humanos mais especializados. Ao PAS cabe o atendimento primário — de baixo custo e lucrativo." Na mesma matéria registra-se que a letalidade por meningite menigocócica em São Paulo, entre janeiro e junho de 1996, foi quase o dobro na rede do PAS, em relação aos hospitais estaduais (12,88% nos primeiros e 22,22% nos últimos). *Folha de S. Paulo,* 14.11.1996, p. 2.3.

possibilidade de participar dos resultados dessa redução de custo, por meio do "retorno das sobras".

Assim, quanto menor for o custo de operação de uma cooperativa do PAS (ainda que isso seja feito à custa da rejeição dos procedimentos mais caros), maior será a fatia das sobras, uma vez que a remuneração é fixa, de R$ 10,00 por morador cadastrado. E quanto menor for o custo de operação da cooperativa, maior será a parte de cada cooperado nas sobras. Essa sistemática é de uma imoralidade gritante, porque os gestores do serviço, os dirigentes das cooperativas do PAS, tiram proveito econômico direto do barateamento do serviço. Quanto pior (para o serviço), melhor (para os cooperados)!

A questão do pessoal

Como se viu, os cooperados do PAS auferem apenas os benefícios da condição de sócios do empreendimento. O risco das perdas é sempre coberto pela Prefeitura.

Seria o caso de indagar, então, o que se passa com a condição de servidores públicos que os "cooperados" (senão todos, muitos deles), tinham antes de ingressar na cooperativa, se eles realmente deixaram de auferir as vantagens do funcionalismo público em troca da nova situação.

Esse é outro elemento que distingue as cooperativas falsas e verdadeiras. Quando determinada empresa decide se transformar em cooperativa de ex-empregados, a assunção da nova condição de sócios implica a perda da antiga condição de empregados. Do ponto de vista imediato, essa transformação é interessante para o empregador, porque esse economiza deixando de recolher encargos trabalhistas, e para o empregado, que geralmente recebe uma parte dos encargos não dispendidos e aumenta sua remuneração mensal. Após esse primeiro momento, em que há um aumento relativo do ganho mensal, todos os aumentos futuros dependerão do desempenho da empresa. Outras vantagens trabalhistas, tais como férias, décimo terceiro salário, fundo de garantia, são banidas das expectativas dos ex-empregados, pois esses se tornaram sócios da cooperativa.

Se não se rompe o vínculo de subordinação funcional entre o ex-empregado, novo "cooperado", e o empregador, na verdade não se pode dizer que haja uma cooperativa no sentido próprio do termo. Em se tratando de servidores públicos, no caso do PAS, tecnicamente não há o rompimento, uma vez que eles estão afastados, com prejuízo de vencimentos, mas sem o da estabilidade e o da contagem do tempo de serviço no PAS para diversos efeitos, entre os quais o da aposentadoria pelo sistema peculiar dos servidores públicos.

Mas além disso, o fato de estar apenas formalmente suspensa a relação funcional irá gerar um processo muito comum no serviço público, em que os ganhos imediatos com a alteração da situação dos servidores geram adesão imediata, depois da qual se sucedem pressões pela obtenção de benefícios trabalhistas não contemplados naquela relação.

Isso ocorreu quando se iniciaram as contratações de servidores públicos no Brasil sob o regime da CLT, em meados da década de 60, excepcionando o regime

geral dos funcionários públicos (regime estatutário). Naquela ocasião, sucedeu-se um duplo movimento, a que chamei, em outro estudo, de "funcionarização" dos celetistas na Administração Pública e concomitante "celetização" dos funcionários estatutários, cada grupo reivindicando os benefícios do outro regime, sem abrir mão dos próprios. Essa tendência de acomodação é constante, verificando-se, por exemplo, a reivindicação dos celetistas por licença-prêmio e estabilidade e a dos estatutários por décimo terceiro salário, fundo de garantia, direito de greve etc. É importante verificar que ao longo do tempo a pressão tem gerado resultados, de tal forma que se vai perdendo a racionalidade original dos sistemas de pessoal na administração pública.

A existência dessa pressão futura no caso das cooperativas do PAS é bastante provável, principalmente porque a alteração da situação funcional dos servidores municipais da saúde não partiu de iniciativa sua. Eles não têm qualquer compromisso com os resultados da cooperativa. Se ela for bem (economicamente) e lhes der vantagens (financeiras), terão estímulo para permanecer, se não for bem, ou não garantir o retorno econômico esperado, podem simplesmente desistir do afastamento e voltar à Prefeitura, mesmo que não haja funções na área da saúde para onde ele deveria voltar (tudo foi desmontado, a saúde municipal em São Paulo, hoje, é o PAS).

Na verdade, como não houve um rompimento do vínculo funcional mantido com a Prefeitura, é de se esperar que no futuro haja novas compensações e estímulos para a permanência desses servidores nas cooperativas do PAS (o prazo do afastamento inicial é de dois anos). Até porque a Prefeitura Municipal não terá alternativa se todos os "cooperados" do PAS decidirem voltar ao serviço público. Nesse ponto, a implantação do PAS não tem volta. O Município será forçado a adular os profissionais da saúde "cooperados" com outros benefícios (de natureza trabalhista ou funcional) para manter o serviço em funcionamento.

Ou então pior, recrutará fora de seus quadros, sem concurso, como já vem ocorrendo, outros profissionais para se tornarem "sócios" das cooperativas do PAS. A desculpa formal para a ausência de concurso é não se tratar de cargo, emprego ou função pública, o que não se sustenta, já que as funções nas cooperativas são remuneradas com dinheiro público. Se o Município não considera os "cooperados" como servidores públicos — e por isso não os escolhe por concurso — só poderia contratá-los na condição de prestadores de serviço autônomos, selecionando-os pelo procedimento da licitação.

Foi bastante noticiada a ocorrência de desvio de função dos servidores municipais da saúde, tanto como meio de coação, para obrigar médicos, dentistas e profissionais da saúde a aderir às cooperativas (o que, evidentemente, frauda o princípio da adesão livre); como também como forma de reduzir o custo nominal da Secretaria da Saúde no orçamento municipal, já que os servidores "desviados" passam a onerar os orçamentos de outras Secretarias Municipais[28].

28 *O Estado de S. Paulo*, em 14.10.1996, p. A11. Segundo o olho da matéria, "pelo menos 17 mil funcionários da Secretaria Municipal de Saúde, que não aderiram ao plano, foram transferidos para outras

Dados publicados nos jornais dão conta de que houve adesão minoritária às cooperativas do PAS, inferior a 50%[29], razão pela qual vêm sendo contratados trabalhadores estranhos ao quadro de servidores municipais. Esses trabalhadores, admitidos sem concurso público, serão outros a engrossar as pressões sobre o poder público municipal por benefícios originalmente indevidos.

Outro aspecto importante do PAS é a sua justificativa, com base em suposta valorização da produtividade dos servidores públicos da área da saúde. Em especial, os médicos, que no novo sistema seriam compelidos a cumprir a jornada de trabalho estabelecida, não podendo se furtar ao cumprimento dos plantões etc.[30]

Registre-se, no entanto, que não há, na composição salarial dos médicos e outros associados das cooperativas, item variável que esteja referido à produtividade. Aqueles que cumpriam uma agenda de atendimento continuam a fazê-lo e o que ganham a mais não reflete um aumento necessário da carga de trabalho.

Cabe aqui uma reflexão sobre a distorção dessa estratégia de administração, porque se não há força ou interesse político em exigir dos servidores públicos o cumprimento da lei — os médicos e demais servidores da saúde têm o dever legal de cumprir a jornada de trabalho, obedecer os horários dos plantões etc. no sistema atual — nada indica que haverá dentro do novo sistema. O problema na gestão da saúde municipal parece ser mais uma questão de auditoria que de lei.

Cooperativas e autogestão

Outro ponto que reflete a inconsistência do "despregamento" dos servidores municipais para a "criação das cooperativas do PAS" é a ausência de poder real de gestão das cooperativas sobre os serviços de saúde. E isso não decorre apenas da forma pela qual elas tenham sido instituídas, mas da característica essencial da saúde como serviço público de natureza social.

Por essa razão, sua prestação é garantida, entre outros, pelo princípio da continuidade. O serviço não pode ser paralisado, interrompido ou ter ser fornecimento suspenso. Todas essas são razões que justificam a intervenção da Prefeitura nas cooperativas (e nem poderia ser diferente).

Essas são, também, as razões que justificam a estruturação das cooperativas do PAS a partir de um padrão rígido e único, determinado pela Prefeitura Municipal. Ora, as cooperativas verdadeiras têm liberdade estatutária e quando atingem um padrão organizativo comum isso é resultado de um processo de "aprendizado cooperativo", em que há uma passagem de experiências de cooperativas em funciona-

secretarias e órgãos: o objetivo é evitar o estouro no custo do sistema." Declaração do presidente do Sindicato dos Médicos de São Paulo, José Erivaldo Guimarães de Oliveira, dizia haver "obstetras em creches e neurocirurgiões em usina de asfalto".

29 *Folha de S. Paulo*, 14.11.96, *"O PAS e a ética"*, artigo de Walter Feldman. Calcula o articulista que 20 mil servidores municipais foram retirados da área da saúde.

30 *O Estado de S. Paulo*, em 06.04.95, p. 14, declaração do Prefeito Paulo Maluf: "quem trabalhar pouco vai ganhar menos".

mento para grupos em formação. Isso, aliás, vem a ser a concretização do princípio da educação cooperativa, a que fiz referência, atrás, como um dos princípios sintetizados pela Aliança Cooperativa Internacional.

A imposição das cooperativas por lei ou por decreto não faz surgir verdadeiras cooperativas, e o insucesso das que se formam dessa maneira costuma ser uma questão de tempo, porque é muito difícil haver coincidência entre os interesses dos cooperados e os objetivos da ação governamental.

Isso ficou demonstrado no setor da habitação, que adotou a política das "cooperativas oficiais" nos anos 70, não tendo restado nenhum saldo organizativo dessa experiência. A atuação do BNH e dos INOCOOPs, entidades criadas para implementar as cooperativas habitacionais, visava resultados quantitativos, obtidos por economia de escala, tendo sido praticamente suprimidas as iniciativas dos cooperados, cujo papel limitava-se a sacramentar as decisões tomadas nas esferas do Banco[31].

O mesmo tende a ocorrer com as "cooperativas" do PAS, em decorrência não só do seu processo unilateral de formação — em que a Prefeitura Municipal, ao invés de induzir o surgimento das cooperativas, tomou a iniciativa de criar cada uma —, mas da própria indelegabilidade do seu objeto.

O serviço de saúde é público por definição constitucional, de tal forma que o poder público é sempre o responsável último pela sua prestação, mesmo que formalmente só conserve a função de fiscalizá-lo. Na verdade, abrindo mão das outras funções, a atribuição fiscalizadora passa a ser até mais onerosa, pois deixa de atuar preventivamente ou a partir de um planejamento racional, para ser acionada em todas as falhas e colapsos do sistema, quando sua ação será sempre mais difícil.

A questão orçamentária

A perspectiva orçamentária é aquela em que se evidencia a maior incidência de ilegalidades do PAS.

Se a Lei nº 8.666, artigo 116, tivesse sido cumprida e tivessem sido firmados convênios verdadeiros, haveria tanto a previsão de metas como de recursos orçamentários empregados na sua realização. No entanto, não há nem uma coisa nem outra.

As metas, como se viu, teriam dado alguma transparência ao sistema, ao permitir

31 Em meu *Aspectos Jurídicos do Cooperativismo...* anotei: "A partir de 1975, voltadas mais para a produção numérica das unidades habitacionais, segundo os critérios financeiros do BNH e comerciais das construtoras, a quem os INOCOOPs passaram a dever a própria sobrevivência, as cooperativas habitacionais perdem completamente a autonomia. Reduzem-se a meros figurantes formais do processo de construção e aquisição de moradias, ditado exclusivamente pelas injunções do mercado. O próprio modo de constituição das sociedades é totalmente desfigurado em relação à proposta cooperativa, posto que 'o que instigava a formação de uma cooperativa não era o interesse comum pela habitação, de um grupo de pessoas, mas os empreendimentos pré-montados e apresentados pelas construtoras. Longe de expressarem uma resposta adequada a determinada demanda social por habitações, eram os projetos que, uma vez elaborados, exigiam uma adaptação da demanda aos mesmos'." O trecho final é transcrito de Ademir Alves da Silva, *Política Social e Cooperativas Habitacionais*, Cortez, p. 85.

o confronto dos resultados planejados com os realmente obtidos. Essas metas, note-se, poderiam (e deveriam) ter sido fixadas em termos de resultados finais, tais como índices de melhoria da saúde pública, e não apenas em termos da quantidade de serviços executados (consultas, exames etc.). Elas serviriam, também, para uma avaliação da relação custo/benefício no PAS, que segundo informações veiculadas pela imprensa tem demonstrado ser mais onerosa do que a existente no SUS.

A falta de planejamento e de transparência é absoluta. Não se sabe exatamente quantos são os usuários cadastrados, qual é o gasto por usuário, se houve alteração desses valores entre 1995 e 1996, e principalmente, quais foram os efeitos desse dispêndio nos índices que medem a qualidade da saúde da população. Outro ponto sobre o qual não há clareza é quanto à previsão do custo de operação mensal de cada módulo do PAS.

O cálculo do custo deveria ser tão simples (que chegaria a ser simplório), pela própria sistemática anunciada pela Prefeitura, cujo contrato com as cooperativas, mal denominado de "convênio", é feito em regime de custeio global, isso é, a remuneração por cadastrado cobriria todos os encargos implicados no funcionamento das unidades do PAS, aí incluídos compra de material permanente e de consumo, tais como móveis e remédios, assim como gastos com manutenção de equipamentos, serviços de lavanderia, tributos, indenizações etc. É o que consta da minuta padrão de convênio, em sua Cláusula 31[32].

Assim, se forem cadastrados 3 milhões de usuários, o sistema todo deveria custar em torno de R$ 30 milhões mensais. Isso significaria R$ 360 milhões por ano, ou se se chegasse aos 4 milhões de usuários, R$ 480 milhões no exercício[33].

Matéria de jornal falava num dispêndio total de R$ 695 milhões com o PAS, o que representa 90% de um total de R$ 772 milhões destinados à saúde no orçamento municipal de 1996[34]. Se fosse incluída nessa soma a folha de pagamentos dos

32 "Cláusula 31ª — A cooperativa deverá, por conta única e exclusiva, com todas as despesas necessárias à execução dos serviços, objeto deste convênio, em especial: I — Despesas com todo o pessoal cooperado e contratado tanto para as atividades-meio quanto para as atividades-fim objeto deste convênio, inclusive salários e encargos./ II — Gastos de aquisição, manutenção e reparação de todo o material fixo, móvel ou semovente alocado para fins deste convênio, permanente ou de consumo, inclusive oxigênio, medicamentos, produtos farmacêuticos e congêneres, bem como o fornecimento de energia elétrica, água e gás necessários ao seu funcionamento das atividades alocadas ou à prestação do serviço./ III — Impostos, taxas ou contribuições que incidam ou venham a incidir sobre suas atividades, serviços, bens ou outros./ IV — Indenizações devidas a terceiros por danos ou prejuízos causados por seus cooperados, empregados ou prepostos decorrentes da operação dos serviços objeto do convênio, na forma da lei./ V — Despesas relativas à legislação trabalhista e previdenciária em vigor, bem como o pagamento de quaisquer * que sejam ou venham a ser devidos ao seu pessoal por força de lei ou convenção coletiva de trabalho./ VI — Todos e quaisquer tributos, contribuições previdenciárias e securitárias, multas, ônus e obrigações oriundas de convênios pelos quais a cooperativa seja responsável, quer de natureza fiscal, civil, acidentária, securitária, previdenciária e trabalhista, em toda a sua plenitude. VII — Encargos financeiros decorrentes de empréstimos e financiamentos assumidos pela cooperativa, para quaisquer finalidades necessárias à execução dos serviços deste convênio."

33 *Folha de S. Paulo*, 06.04.95.

34 Editorial publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 23.09.1996. Isso sem contar despesas "de apoio" ao funcionamento do PAS, como é o caso do contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal e a

servidores da saúde em desvio de função em outras secretarias municipais (aqueles que não aderiram ao PAS), esse custo seria acrescido de mais R$ 156 milhões, o que representa 20,2% do total[35].

Denunciava-se, ainda, a insuficiência dos R$ 10,96 que já se estava então repassando às cooperativas por usuário cadastrado, o que, já àquela época (quando grande parte da população ainda não estava cadastrada), ensejava a "cobertura" da diferença entre o custo ideal — ou custo estimado, os R$ 10,00 ou R$ 10,96 por usuário — à base de R$ 15 milhões por mês.

Há, portanto, uma diferença de, no mínimo, 50% entre o custo estimado e o real. Na verdade, o morador cadastrado não custa R$ 10,00, como alardeava a Prefeitura, mas pelo menos R$ 15,00, ou um valor muito maior, se considerarmos que o cadastramento dos usuários está em processo e o número de cadastrados ainda é muito inferior aos 3 milhões idealizados[36].

Deve ser levada em conta uma outra agravante, de que a implantação do serviço, nesse caso, é mais barata que a sua operação futura, uma vez que os equipamentos e as instalações já estão disponíveis e foram repassados a custo zero da Prefeitura para as cooperativas do PAS, mediante permissão de uso. O custo futuro implicará todas as despesas com manutenção e reposição de equipamentos, além da recomposição dos estoques de medicamentos e material de consumo. Isso sem contar as obras e outros gastos que venham a se fazer necessários para a modernização dos ambulatórios e postos de atendimento.

Além disso, não há interesse, do ponto de vista da economia da cooperativa, em que se façam despesas preventivas de manutenção. Dizendo cruamente, a cooperativa não ganha nada cuidando da manutenção dos equipamentos; ao contrário, reduz-se a margem de sobra (ou de lucro, seria mais próprio falar) a ser rateada entre os associados.

Fundação Escola de Sociologia e Política, no valor de R$ 5 milhões, para a realização de "estudo para caracterização social da clientela e para elaboração e manutenção de cadastro". Essa despesa foi considerada emprego irregular de renda pública pelos Auditores do Sistema Único de Saúde e é objeto de ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo (Promotoria da Cidadania) contra o PAS.

35 *O Estado de S. Paulo*, 14.10.1996.

36 Dizia o mesmo editorial d'*O Estado de S. Paulo*: "As outras esferas do poder público se surpreendem com o poderio econômico do Município para o setor. Conforme cálculos do Ministério da Saúde, o que a Prefeitura gasta para manter 3.630 leitos nos 14 módulos do PAS é o que o governo federal gasta com 22 mil leitos. As cooperativas de médicos que dirigem os hospitais da rede não conseguem se sustentar — manter os prédios, contratar pessoal e comprar insumos — recebendo os R$ 10,96 pagos por pessoa atendida./ Seus gastos são superiores e obrigam o governo a cobri-los. A explicação vem de uma comparação com a medicina de grupo: nos planos de saúde mais simples destinados ao que se convencionou chamar de "doente são" é dimensionado um custo por paciente de US$ 22, o dobro do que a Prefeitura calculou para os pacientes do PAS. Fica fácil entender por que a administração municipal gasta R$ 15 milhões mensais a mais do que o previsto no início do plano." Artigo de Nelson Guimarães Proença, ex-Presidente da Associação Médica Brasileira (AMB) e da Associação Paulista de Medicina (APM), publicado n'*O Estado de S. Paulo* de 21.11.1996 informa que os 4,5 milhões de pessoas atualmente inscritos no PAS consomem em torno de R$ 70 milhões por mês ou R$ 840 milhões por ano. O orçamento municipal enviado à Câmara Municipal destinou R$ 1,18 bilhão para a Secretaria da Saúde, verba quase comprometida com o custeio das Cooperpas. Sua meta de atendimento seria de 5 milhões de pessoas, o que significa R$ 200,00 por pessoa ao ano ou R$ 18,00 por pessoa ao mês.

Reforça essa tese o fato de que nos "convênios" do PAS, ao contrário do que se costuma fazer nas permissões e cessões de uso de equipamentos médicos de grande porte (e custo), não há cláusula de garantia dos equipamentos. Da minuta padrão de convênio prevista no Decreto nº 35.726/95 simplesmente não consta nenhuma referência a garantia dos equipamentos cedidos.

Do modelo de convênio de cooperação apresentado com o Resumo Executivo do PAS constava garantia genérica e absolutamente insuficiente na cláusula 49, parágrafo 1º: "caso a Prefeitura se considere prejudicada por constatar excessiva deterioração de qualquer dos bens objeto da devolução (dos bens cedidos, ao término do convênio), fica-lhe facultado o direito de exigir o valor equivalente em moeda, recusando a devolução". E se a cooperativa não dispuser do valor em moeda? E se não dispuser de outros bens (lembre-se, as cooperativas não foram formadas com patrimônio próprio)?

As disposições conveniais que tratam das garantias são de uma ingenuidade que faz lembrar os créditos "podres" que levaram vários bancos oficiais brasileiros à situação de liquidação. A cláusula 38 do mesmo modelo de convênio encartado no Resumo Executivo do PAS estabelece: "Caso a Prefeitura seja obrigada, para manter a prestação do serviço, a arcar com algum gasto que exceda os valores mencionados na cláusula 36 (os repasses mensais ordinários à cooperativa), será reembolsada pela cooperativa, mediante deduções nas remunerações futuras, cessada a suspensão do convênio".

A redação dessa cláusula é ainda mais espantosa se considerarmos que ela trata da hipótese de intervenção, em que a cooperativa está inadimplente com a prestação dos serviços contratados. Como se vê, não só não há garantia dos equipamentos, como do próprio custeio do serviço. Se houver gestão fraudulenta, temerária ou simplesmente incompetente, a cooperativa detém apenas a responsabilidade nominal (não há responsabilidade administrativa, já que os "cooperados" não são formalmente servidores públicos), e todos os prejuízos recaem sobre a Prefeitura, cuja única garantia são seus próprios repasses futuros!

Em relação às compras de equipamentos e materiais pelas cooperativas, a falta de responsabilidade também é absoluta, com o beneplácito da Secretaria de Municipal de Finanças, cujo Secretário, José Antônio de Freitas, afirmou categoricamente que "as Cooperpas têm absoluta autonomia para proceder às suas compras, não ficando, portanto, sujeitas à Lei de Licitações"[37]. Esse aspecto tem sido bastante enfatizado nas análises jurídicas sobre o PAS, todas elas destacando a falta de base legal para essa flexibilidade.

Como se vê, muito mais grave que a escolha da forma jurídica imprópria, "convênios", "cooperativas", é a falta de seriedade com que se implementou o plano alardeado. Algumas das ilegalidades apontadas neste estudo em relação ao PAS são procedimentos que há muito vêm sendo usados como brechas nas regras legais, expressamente identificados e repudiados.[38]

37 *O Estado de S. Paulo*, 21.11.1996, p. 2, Nelson Guimarães Proença, *"As contas doentes do PAS"*.

38 Leon Frejda Szklarowsky cita precedentes do Tribunal de Contas da União que em abril de 1988 identificava impropriedades nos convênios celebrados com o INAMPS, para a implantação do SUDS,

Com o PAS, a Prefeitura Municipal de São Paulo abriu mão dos instrumentos de garantia da prestação do serviço, bem como da sua qualidade, além dos controles de custos e eficiência, tudo isso a reforçar a tese de que se trata de simples desmonte do serviço público de saúde, abrindo portas para a sua privatização completa.

A privatização da saúde municipal com o PAS

Não deixa de ser curioso o fato de que no momento da instituição do PAS havia dúvidas sobre se se tratava de medida de privatização da saúde municipal. Notícia publicada no dia seguinte ao da assinatura do primeiro decreto que criou o PAS trazia a seguinte manchete: "Para críticos, plano pode levar à privatização da rede", relatando as críticas do Conselho Regional de Medicina ao PAS[39]. Essas críticas dirigiam-se especialmente contra o abandono da medicina preventiva (campanhas de saúde, distribuição de preservativos etc.) a que levaria a implantação do sistema (o que veio a se confirmar no ano de 1996, diante do comprometimento de 90% da verba da saúde do Município com o PAS), contra o desrespeito ao princípio constitucional da universalidade do atendimento, contra a falta de licitação para a escolha dos prestadores do serviço e um temor, "no fundo, os críticos temem que o prefeito esteja preparando a privatização da rede pública". Esse último ponto, contestava-o o secretário Getúlio Hanashiro, alegando que o Município não estava "abdicando de sua tarefa de fiscalização".

Um ano e meio depois, afirmava o presidente do Sindicato dos Médicos de São Paulo, José Erivaldo Oliveira, que o encaminhamento sistemático dos casos graves do PAS aos hospitais estaduais era "um passo para a privatização completa do sistema". E acreditava que a Prefeitura iria reformar o PAS: "Eles vão divulgar que as cooperativas não são a solução para então entregar os hospitais às empresas de medicina de grupo"[40].

Na verdade, a privatização da saúde pública no município de São Paulo não seria um fato isolado, mas parte de um movimento que se verifica em vários lugares do mundo, de retração da "face social" do Estado. Esse fenômeno surge com a vaga neo-liberal do início dos anos 80, quando os governos Thatcher, na Inglaterra, e Reagan, nos Estados Unidos, adotam cortes nos serviços prestados pelo Estado, em particular, nas áreas de saúde e previdência social. Com a globalização dos anos 90,

cujas principais irregularidades, que têm bastante semelhança com o PAS, seriam as seguintes: a) não contabilização dos recursos, contrariando o artigo 87 da Lei nº 4.320/64; b) inobservância dos princípios da lei de licitações (então, o Decreto-lei nº 2300/86); c) fracionamento de despesas referentes às compras do SUDS, contra a lei de licitações então em vigor; d) utilização de recursos públicos, sem a competente prestação de contas (tão reiterada, que o TCU decidiu, em 29.11.89, que a partir de 1990 aplicaria multas aos responsáveis que se omitissem na cobrança da prestação de contas de convênios); e) pagamento antecipado, contra os artigos 62 e 63 da Lei 4.320; realização de despesas em datas diferentes da vigência do convênio. *"Os Convênios Administrativos"*, Revista dos Tribunais nº 669, pp. 39/46.

39 *O Estado de S. Paulo*, 06.04.95, p. A14.

40 *O Estado de S. Paulo*, 14.10.96, p. A11.

que reflete na Europa a redução das despesas sociais, com vistas à adequação econômica para implementação do Tratado de Maastrich, banaliza-se o discurso sobre a necessidade de "enxugamento" do Estado social.

Cabe notar que o sistema público de saúde no Brasil, pelo menos desde a década de 70, está apoiado sobre a contratação de serviços de prestadores privados, como é o caso dos hospitais credenciados pelo INSS. O dado novo que surge com a privatização do PAS é a transferência da gestão do serviço para entidades privadas.

No Brasil, a discussão sobre a privatização dos serviços públicos, ditos serviços "sociais" (saúde, educação etc.) hoje é geral, e é deliberadamente inserida num discurso mais amplo da redução do Estado, do Estado subsidiário. O projeto de lei de organizações sociais, a que acima fiz referência, insere-se nessa lógica, apresentando-se como o capítulo dos serviços sociais dentro da reforma administrativa do governo federal. Sob o pretexto de flexibilizar prestação desses serviços, na verdade estar-se-á caminhando no sentido da sua privatização. Na esfera federal esse processo está em curso, muito intensamente, em relação à educação.

É preciso observar, no entanto, que a lógica da privatização da atividade econômica do Estado é absolutamente distinta da que rege a privatização dos serviços "sociais". O conceito de eficiência econômica que vale para uma atividade como a gestão do transporte ferroviário ou a geração e distribuição de energia elétrica evidentemente não é o mesmo que subjaz aos serviços que, na sua essência, não são lucrativos. No caso dos serviços sociais, a privatização dos serviços, nas experiências estrangeiras, tem trazido a redução dos benefícios. No Brasil ocorre o mesmo.

Isso não é apenas uma crítica "negativista", ou conservadora, do que está aí, como reação contra formas mais modernas ou mais flexíveis de atuação da Administração. Em princípio, todos teriam razões para se colocar favoravelmente a essas formas. O problema é que elas omitem o fato de que haverá enriquecimento privado e perda da qualidade dos serviços sociais públicos, à custa dessa "privatização", que nada mais é que o desmonte do Estado no campo social.

O PAS é apenas uma forma mais imediatista de desmonte, daquilo que vem se verificando no campo da educação pública, por exemplo, pelo menos desde a década de 60.

Vejam-se, a esse respeito, os termos da manifestação do Desembargador Yussef Cahali na ação direta de inconstitucionalidade mencionada no início deste texto: "Recomenda a cautela, portanto, que a forma técnico-legislativa adotada para a regulamentação da cooperação entre o Poder Público e a atividade privada na prestação de serviço público de saúde passe pelo criterioso exame do E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça; sem que antes a implantação liberada do PAS — não obstante seus apregoados e reconhecidos méritos, com notícia de resultados exitosos — venha a provocar uma situação irreversível de "desmantelamento" da máquina administrativa de prestação de serviço público à saúde e de desestruturação funcional dos profissionais da área."

E em relação ao PAS, o que chama a atenção é a lógica absolutamente singular dessa "privatização branca", que é o fato de a administração do serviço pelo PAS ser mais onerosa à Prefeitura Municipal do que o serviço prestado diretamente. Isso foi o que se procurou demonstrar ao analisar os aspectos orçamentários do PAS, que

o serviço vem custando mais caro aos cofres públicos, à medida que avança sua implantação e que a falta de controle vai se aprofundando. Além disso, a perspectiva, a curto e médio prazos, não é de redução de custos, mas, ao contrário, de crescimento, em função do provável aumento do número de cadastrados e também dos custos de manutenção e conservação, que tenderão a evoluir com o desgaste dos equipamentos e instalações cedidos às cooperativas.

Essa lógica é contrária à que embasou os movimentos pela privatização dos serviços públicos na Inglaterra e nos Estados Unidos, em que o fundamento econômico era a principal justificativa para a retração do Estado[41]. No caso de São Paulo, se não há economia para o Município e se não há garantia da qualidade do serviço (ao contrário, a expectativa é de que não seja possível mantê-la num patamar razoável dentro da margem de custo atual), o que justifica a privatização, ou, usando os termos oficiais, a "transferência da gestão"?

À guisa de conclusão, ou algumas perplexidades que resultam dessa análise...

A análise estrutural do PAS não deixa margem de dúvida quanto à sua insubordinação aos parâmetros constitucionais e legais que regem tanto as cooperativas quanto a atividade convencional da Administração Pública, conclusão que já fora enunciada por representantes de órgãos públicos e de setores organizados da sociedade civil.

Resta, portanto, indagar sobre o que é feito dos instrumentos institucionais de controle da Administração pública, que não chegaram a um resultado concreto contra as medidas que instituíram o PAS.

O que ocorre com instrumentos da democracia representativa, com o controle legislativo, por exemplo, quando Prefeito tem maioria na Câmara? O exemplo do PAS, nesse ponto, é paradigmático, uma vez que medidas formalmente inconstitucionais, veiculadas por decreto, foram "regularizadas" com a edição da lei municipal. Isso nos leva a temer uma irremediável inefetividade do controle parlamentar.

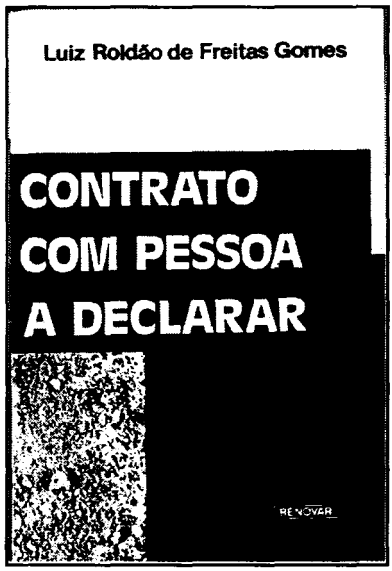
O mesmo ocorre em relação ao controle pelo Tribunal de Contas do Município, que a despeito de ter atribuição para a realização de diligências autônomas e de seus poderes judiciais de investigação, graças a suas notórias limitações políticas, não tem ultrapassado a verificação formal de contas e documentos, o que evidentemente não é suficiente para um controle efetivo.

O controle pelo Ministério Público, por sua vez, embora dotado de grande poder de iniciativa e investigação por meio do inquérito civil, depende da decisão judicial. E a atuação judicial, nesse caso, além de outros problemas, acaba limitada pela "política consumada", de que são bons e recentes exemplos o Plano Collor, o Plano Bresser e seus antecessores. O que pode fazer o juiz, ao decidir uma ação meses ou

41 Paul Pierson, *Dismantling the Welfare State, Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, USA, Cambridge University Press, 1994.

anos após a implantação de um plano governamental que já produziu efeitos irreversíveis? Contra essa forma de atuação política, só a imediata resposta judicial corresponde ao verdadeiro atendimento da demanda pela prestação jurisdicional.

Fica então a pergunta: a quem caberá recolocar as formas jurídicas em seu devido lugar?



Ref. 0073
Brochura
300 págs.
Form. 14x21
1994

CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

Luiz Roldão de Freitas Gomes

O autor abrange a sistemática do Direito brasileiro, enunciando os caminhos que ele oferece na prática da vida jurídica, diante do vazio legislativo. Sustenta que, além dos motivos de ordem subjetiva, justifica-se a utilização da nova figura por uma série de razões de ordem prática, tais como: a) evitar que o proprietário eleve o preço; b) possibilitar o condômino que recorra a outrem, para adquirir a cota do co-proprietário; c) evitar taxação quando o comprador adquire com a intenção de revender o imóvel a quem melhor preço lhe ofereça; d) possibilitar intermediação nos negócios; e) regularizar as aquisições em leilões e hastas públicas; f) regularizar as vendas de automóveis a agências.