

A PROBLEMÁTICA DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Hamilton Roque Miranda Pires¹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo examinar os aspectos de legitimidade e legalidade do uso das Organizações Sociais na execução de políticas públicas de saúde inicialmente exercidas pelo Estado, nos limites do objeto dos respectivos contratos de gestão e na necessária demonstração da economicidade e eficiência delas decorrentes, como hipótese de eficácia do modelo enquanto atua coadjuvamente às atividades de saúde. O artigo se desenvolverá por meio da vertente metodológica dialética, com pesquisa bibliográfica, análise doutrinária, jurisprudencial e de normas jurídicas. A estrutura do trabalho contempla uma introdução contextualizando o tema-problema e apresentando a hipótese a ele inerente, bem como o marco teórico que o orienta e, ainda, a estrutura dividida em tópicos e subtópicos nos quais se desenvolveu o raciocínio metodológico, sem prescindir, no desenvolvimento do tema, da análise das polêmicas da atuação das organizações do Terceiro Setor na área da saúde que possam mitigar soluções adequadas na satisfação do interesse geral. Como conclusão propõe-se - no tocante à eficiência das Organizações Sociais de Saúde na prestação coadjuvante das atividades de saúde estatais, embora os números sejam bastante desanimadores quanto ao cenário pretendido - o reconhecimento de que esse modelo de atuação vem sendo implementado e sustentado por avançada legislação e por estudos doutrinários e consolidação jurisprudencial que indicam os caminhos e soluções apropriados e equânimes com o escopo de que os resultados sejam concretos e eficazes para a sociedade brasileira, sempre respeitando as diretrizes constitucionais e as balizas de seus matizes principiológicos.

Palavras-chave: Terceiro Setor, Organizações Sociais da Saúde, Sistema Público de Saúde, Economicidade, Eficiência.

THE PROBLEM ACCRUED FROM THE USE OF SOCIAL ORGANIZATIONS IN THE EXECUTION OF THE BRAZILIAN PUBLIC HEALTH SERVICES

Abstract: This essay aims to examine aspects of legitimacy and legality of the use of Social Organizations in the execution of public health policies initially exercised by the State, within the limits of the object of the respective management contracts and in the necessary demonstration of the economy and efficiency resulting from them, as a hypothesis of the model's effectiveness as it works in support of health activities. The article will

1 Mestrando em Direito pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ipatinga. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado sócio do escritório Roque Pires Advocacia em Belo Horizonte (MG). E-mail: hamilton@roquepires.adv.br

be developed through the dialectical methodological aspect, with bibliographical research, doctrinal analysis, jurisprudence and legal norms. The work's structure includes an introduction contextualizing the theme-problem and presenting the hypothesis inherent to it, as well as the theoretical framework that guides it, and also the structure divided into topics and subtopics in which the methodological reasoning was developed, without forgetting, in the development of the theme, of the analysis of the controversies of the performance of the Third Sector organizations in the area of health that can mitigate adequate solutions in the satisfaction of the general interest. In conclusion, it is proposed - with regard to the Social Health Organizations's efficiency in supporting state health activities, although the numbers are quite discouraging in terms of the intended scenario - the recognition that this model of action has been implemented and supported by advanced legislation and by doctrinal studies and jurisprudential consolidation that indicate the appropriate and equitable paths and solutions with the scope that the results are concrete and effective for Brazilian society, always respecting the constitutional guidelines and the beacons of their principiological nuances.

Keywords: Third Sector, Social Health Organizations, Public Health System, Economicity, Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018) e da legislação dela decorrente inovou o disciplinamento relativo ao Terceiro Setor, com maior especificação das matérias nelas contidas de forma a aprimorar e estimular a utilização das entidades privadas como auxiliares do Poder Público em suas atividades passíveis de delegação.

Nesse contexto, importantes indagações vêm sendo apresentadas acerca do tema e, em especial, a contemplada nesta pesquisa com o escopo de elucidar quanto à possibilidade, legitimidade e legalidade de se utilizar as Organizações Sociais (OS) nas atividades de saúde inicialmente exercidas pelo Estado e, por conseguinte, nos limites do objeto dos respectivos contratos de gestão e na necessária demonstração da economicidade (vantajosidade econômica) e eficiência delas decorrentes.

As novéis edições normativas implementadas neste último decênio concernentes ao Terceiro Setor e sua influência na esfera pública de atuação estatal acentuam caracteres de segurança jurídica, eficiência e inovação cujos contextos justificam uma pesquisa que abarque o tema sob enfoque para além da mera identificação dos efeitos desse novo quadrante normativo, mas que perscrute a eficácia do modelo enquanto atua coadjuvamente às atividades de saúde.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é analisar essa situação por meio da consulta à bibliografia básica, considerando a doutrina contemporânea sobre tão importante tema, bem como o respectivo repertório jurisprudencial existente de forma a se chegar, ao final, na conclusão que será oportunamente apontada.

A hipótese que se apresenta é a de que, malgrado os mais variados problemas e falhas de gestão que o modelo apresenta, caracterizam-se as OS como organismos privados dotados de legitimidade para atuar de modo eficaz junto ao Estado para a execução de políticas públicas afetas à atividade de saúde.

O marco teórico da presente pesquisa está fulcrado na doutrina do Professor Fernando Borges Mânica, contextualizado em seu estudo sobre o panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil (MÂNICA, 2007), donde se infere que, a partir do período de redemocratização que culminou com a Constituição de 1988, (BRASIL, 1988) devido ao agravamento da crise do Estado de bem-estar social, especialmente no que se

refere à ineficiência na prestação de serviços públicos, emergiu a necessidade de mudança na atuação estatal, iniciadas com a criação, em 1995, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (BRASIL, 1995), adotando modelo conceitual de gestão com repartição de competências conforme a natureza da atividade estatal (pública, pública não-estatal e privada), na qual se insere o *setor de serviços não-exclusivos do Estado*. (MÂNICA, 2007, p. 14-16).

No que se refere ao *setor dos serviços não-exclusivos do Estado*, a proposta de reforma levada a cabo defendia que a modalidade mais adequada à eficiência na prestação de tais serviços seria a propriedade pública não-estatal, por meio da qual objetivava-se redefinir o plano de relações entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público, assim se prevenindo a criação de entidades denominadas Organizações Sociais - pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com a clara intenção de que universidades, hospitais públicos, centros de pesquisa, bibliotecas e museus estatais fossem publicizados, ou seja, fossem transformados em entidades de natureza privada, recebessem qualificação de organização social e celebrassem contrato de gestão com o poder público. (MÂNICA, 2007, p. 16-17).

Para tanto, o trabalho está estruturado, além da presente introdução, em mais três tópicos consubstanciados na contextualização das transformações havidas no disciplinamento do Terceiro Setor; na problemática havida quanto à utilização das Organizações Sociais nas atividades de saúde e, por fim, na conclusão.

O tópico relativo à problemática quanto a utilização das Organizações Sociais nas atividades de saúde foi seccionado em três subtópicos que enunciam e elucidam o questionamento havido (*i*) quanto à necessidade de limitação do objeto descrito no respectivo contrato de gestão; (*ii*) quanto à imperiosa necessidade de se demonstrar a vantajosidade econômica quando da celebração do ajuste e no decorrer da contratação e, finalmente, (*iii*) quanto à eficiência em se utilizar aludidas Organizações nessas específicas atividades.

Por fim, como dito alhures, o terceiro tópico apresenta a conclusão obtida pela análise do tema.

2 TERCEIRO SETOR E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: CONTEXTUALIZAÇÃO

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 (BRASIL, 1988), o Estado brasileiro, inspirado em ideias político-econômicas neoliberais, intensificou a adoção de medidas de aprimoramento do modelo de administração pública do país, embora desde a década de 60 houvesse tal preocupação, ainda que sob o manto obscurecido do período de exceção experimentado pela ditadura militar (1964-1981), o que se pode verificar do texto outorgado em 25 de fevereiro de 1967 pelo Governo Castello Branco consubstanciado no Decreto-Lei 200, que “*Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.*” (BRASIL, 1967).

Ainda que de forma incipiente, dispunha o Decreto-Lei 200/67 (BRASIL, 1967), em seu artigo 10, acerca da descentralização das atividades estatais, inclusive para sua execução pelo particular:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Entretanto, diante da necessidade de superação do modelo de administração burocrática pelo chamado *modelo gerencial*, a partir de meados da década de 90, o Governo Fernando Henrique Cardoso buscou implementar um novo modelo que proporcionasse a redução do aparelho do Estado com a transferência da execução de atividades antes executadas pelo Poder Público para a iniciativa privada.

O contexto político e administrativo brasileiro pós 1988, impregnado dos novos desafios sociais impostos pela ordem constitucional então instalada, reclamava uma agenda voltada para a garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos prestados de forma democrática e eficiente, em especial pela atuação harmônica dos Poderes em prol de uma ação articulada e integrada das três esferas de governo, na promoção de soluções descentralizadas e federativas, com destaque para o papel articulador dos estados e para a importância dos municípios na viabilização das políticas públicas.

Outrossim, conceitos introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018) como os de uma gestão sistêmica de políticas públicas, de formação de redes de parceria entre governo, setor produtivo e sociedade civil organizada e de participação social na formulação e avaliação das políticas, necessitavam absorção pelo novel ordenamento jurídico nacional. O modelo então vigente, moldado pelo anacrônico marco legal outorgado pelo vetusto Decreto-Lei 200/1967 (BRASIL, 1967) se encontrava em notório descompasso e desalinho com os dispositivos constitucionais que passavam a exigir de modo ingente a construção de um novo marco legal compatibilizado com a eficiência na entrega de serviços públicos de forma equânime e democrática à sociedade.

Foi com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Estado, em novembro de 1995 (BRASIL, 1995), que efetivamente houve o início da ruptura com o antigo modelo, buscando o Estado brasileiro implementar, a partir daí, reformas gerenciais com o escopo de promover:

- a) a descentralização dos serviços sociais para estados e municípios;
- b) a delimitação mais precisa da área de atuação do Estado, estabelecendo-se uma distinção entre as atividades exclusivas, que envolvem o poder do Estado e devem permanecer no seu âmbito, as atividades sociais e científicas, que não lhe pertencem e devem ser transferidas para o setor público não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado;
- c) a distinção entre as atividades do núcleo estratégico, que devem ser efetuadas por políticos e altos funcionários, e as atividades de serviços, que podem ser objeto de contratações externas;
- d) a separação entre a formulação de políticas e sua execução;
- e) maior autonomia para as atividades executivas RSP exclusivas do Estado que adotarão a forma de agências executivas;
- f) **maior autonomia ainda para os serviços sociais e científicos que o Estado presta, que deverão ser transferidos para (na prática, transformados em) organizações sociais, isto é, um tipo particular de organização pública não estatal, sem fins lucrativos, contemplada**

no orçamento do Estado - como no caso de hospitais, universidades, escolas, centros de pesquisa, museus, etc.; g) assegurar a responsabilização (*accountability*) por meio da administração por objetivos, da criação de quase-mercados e de vários mecanismos de democracia direta ou de controle social, combinados com o aumento da transparência no serviço público, reduzindo-se concomitantemente o papel da definição detalhada de procedimentos e da auditoria ou controle interno - os controles clássicos da administração pública burocrática - que devem ter um peso menor. (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 6-7).

Com, efeito, a redução do aparelho do Estado fulcrada na transferência ao setor privado de atividades antes executadas diretamente pelo Poder Público consubstanciava-se no pilar mestre da mudança de paradigma administrativo, o que ficou consagrado pela promulgação da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, (BRASIL, 1998a), bem como dos chamados programas de “publicização,” de “desestatização” ou de “privatização”.

O Governo Federal então, em meio àquele contexto, editou a Medida Provisória 1.591, de 9 de outubro de 1997 (BRASIL, 1997), a qual dispôs, dentre outros temas, sobre a “*qualificação de entidades como organizações sociais*” e sobre a “*criação do Programa Nacional de Publicização*”, com finalidade precípua em privatizar ou, pelo menos, desestatizar determinadas atividades públicas. Após sucessivas reedições (empreendidas entre 6 de novembro de 1997 a 23 de abril de 1998), a Medida Provisória supra mencionada foi convertida na Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998 (BRASIL, 1998b), instituindo-se, então, a figura das Organizações Sociais, entidades integrantes do Terceiro Setor, com personalidade jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, cujas atividades seriam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, e que passariam a ser assim denominadas após receberem uma qualificação jurídica que demandasse o atendimento dos requisitos de seu artigo 2º². (BRASIL, 1998b).

2 Art. 2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A citada Lei Federal 9.637/1998 (BRASIL, 1998b) elegeu o *contrato de gestão* como o instrumento jurídico de transferência das atribuições públicas às Organizações Sociais, o qual, uma vez firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, tem por escopo a “[...] *formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas [...]*” consentâneas “[...] *ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.*”

A constitucionalidade dessa norma foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, (BRASIL, 2015), julgada no mérito parcialmente procedente, aos 14 de abril de 2015, “[...] *apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, [...].*”

Da ementa desse julgado, é possível extrair:

Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. (BRASIL, 2015).

Malgrado o referendo legislativo e judiciário emprestados à ampla atuação das Organizações Sociais como executoras, por meio dos contratos de gestão, dos serviços públicos estatais, buscar-se-á estudar aqui se, de fato, possuem legitimidade para atuar na área da saúde e se são - ou vem sendo - sinônimo de economicidade (vantajosidade econômica), eficiência e melhoria na execução desses específicos serviços públicos.

3 A POLÊMICA DA ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ÁREA DA SAÚDE

3.1 As Organizações Sociais na área da saúde e o limite do objeto dos respectivos contratos de gestão

O limite do objeto do contrato de gestão, especialmente no tocante à área de saúde, constitui ponto divergente na interpretação do disciplinamento da matéria.

Para alguns eminentes e tradicionais doutrinadores, como Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, as Organizações Sociais não podem integralmente realizar serviços públicos de saúde sob pena de violação do artigo 196³ da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que enumera a saúde como um dever do Estado.

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

Seguindo esse entendimento, chega-se à conclusão de que constitui obrigação do Estado diretamente fornecer os serviços de saúde e, então, as Organizações Sociais somente poderiam atuar complementarmente.

Todavia, é necessário destacar que o artigo 199, §1^o da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) atribuiu a todos os brasileiros o direito à saúde, universalizando-o pela instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) que poderá contar com a participação de entidades privadas (notadamente as filantrópicas e sem fins lucrativos).

Com a promulgação da Lei Federal 9.637/1998 (BRASIL, 1998b) restou inquestionável a possibilidade de se qualificar como Organização Social uma entidade sem fins lucrativos e, por conseguinte, a admissibilidade de que celebre contrato com a Administração Pública para exercer atividades no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A edição da Lei Federal 13.019, de 31 de julho de 2014 (BRASIL, 2014), que restringiu os convênios público-privados exclusivamente para parcerias no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), reforçou ainda mais o entendimento de ser possível utilizar, em caráter complementar, as Organizações Sociais na execução desses serviços.

Para Fernando Borges Mânica, expoente da moderna doutrina, “O §1^o do artigo 199 da Constituição Federal deve ser interpretado em consonância com o caput do mesmo artigo. Nesse sentido, deve-se ter claro que a participação privada complementar ao SUS é expressamente admitida na prestação dos serviços assistenciais de saúde.” (MÂNICA, 2017, p. 17).

Nesse sentido e por diversas vezes também o excelso Supremo Tribunal Federal já manifestou, exarando o entendimento de ser possível a participação privada no Sistema Único de Saúde (SUS) desde que em caráter complementar e se observadas as orientações e princípio próprios desse aludido sistema. (BRASIL, 2015).

Em face do exposto e como forma de se possibilitar a efetiva atuação das Organizações Sociais nos serviços públicos de saúde e, conseqüentemente, reforçar o estímulo da utilização das entidades privadas como auxiliares dos Poder Público concedente, deve-se considerar alterada e evoluída a interpretação relativa ao modo de atuação da Administração Pública nesses serviços.

Por conseguinte, a Administração Pública não pode se desobrigar de seu dever constitucional de fornecê-los a todos os brasileiros (posto possuírem eminente caráter público), mas deve também e como forma de ampliar e facilitar o seu acesso, delegá-los às Organizações Sociais mediante intensivo controle, fiscalização e coordenação.

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

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

3.2 As Organizações Sociais na área de saúde e a economicidade (vantajosidade econômica)

Como cedição, a Lei Federal 9.637/1998 (BRASIL, 1998b) regulou a atuação das Organizações Sociais como entidades complementares ao Estado (não diretamente integrantes da própria Administração Pública) para atividades moral e socialmente relevantes.

Decorre daí e da própria subsidiariedade legitimada na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a possibilidade de as Organizações Sociais receberem recursos públicos com base na repartição das prerrogativas estatais com a própria sociedade e com vistas, pois, ao Estado de Direito democrático e social dele decorrente.

Eis a razão pela qual a questão relativa à economicidade e vantajosidade econômica na atuação das Organizações Sociais merece ser analisada com cautela. Afinal, a utilização de recursos públicos deve ser otimizada com eficiência de forma a produzir resultados mais equânimes, razoáveis, justos e eficazes com menores dispêndios.

Nesse sentido, o procedimento legal existente para que uma entidade seja qualificada como Organização Social já denota a preocupação de se manter o controle, pela Administração Pública, do uso dos recursos públicos com isonomia entre os interessados e parcimônia quanto aos valores envolvidos.

A Administração Pública, uma vez escolhido o projeto que melhor atenda ao interesse público, celebrará contrato de gestão com a entidade qualificada como Organização Social nele delimitando, entre outras questões, o programa de trabalho e respectivos prazos de execução, os critérios avaliativos do objeto avençado, os direitos e deveres dos contratados e os limites de remuneração para os empregados e dirigentes da entidade contratada.

Denota-se, assim e claramente, a boa intenção do legislador em estatuir regras que permitam melhor controle do uso dos recursos públicos desde o início da avença havida nos contratos de gestão.

Não obstante tal fato, a forma imperiosa e necessária de se demonstrar a efetiva economicidade/vantajosidade econômica constitui outra questão polemizada pela doutrina especializada no tocante à participação das Organizações Sociais nas atividades ligadas à área da saúde.

Isso porque deve a Administração Pública, antes de transferir o gerenciamento dessas atividades, realizar detalhada análise quanto à eficiência e o menor custo na prestação dos serviços avençados.

E, para tanto, deve ser a economicidade/vantajosidade econômica aferida mediante detida análise do Plano de Trabalho elaborado pela Organização Social, que necessariamente deve discriminar, especificar e detalhar os valores envolvidos na contratação dos serviços (aí incluindo o custo global e respectivos custos unitários de cada atividade contratada) bem como a forma utilizada para sua apuração.

Nesse sentido, entendendo pelo necessário detalhamento dos valores envolvidos nas avenças celebradas entre o Poder Público e as Organizações Sociais ligadas à área de saúde, tem prevalecido o entendimento consubstanciado no §1º do artigo 1º da Lei

Complementar Federal 101/2000⁵ - “Lei de Responsabilidade Fiscal” - (BRASIL, 2000) e consolidado pelos diversos Tribunais de Contas pátrios⁶ e Controladorias como forma de conferir efetiva transparência nos custos dos serviços prestados pelas entidades e comprovar, conforme o caso, que a gestão de atividades de saúde por Organizações Sociais é a melhor opção financeira a ser adotada.

3.3 A questão (in)eficiência das Organizações Sociais na área de saúde

Malgrado o Texto Magno dispor em seu artigo 196 (BRASIL, 1988) ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado - dever esse a ser garantido aos cidadãos por meio da constante implementação de políticas sociais e econômicas - são notórios os diversos percalços e entraves enfrentados pelo Poder Público para debelar a necessidade de fornecer à população serviços públicos de saúde universais, amplos e de qualidade.

O Estado brasileiro, como sustentado alhures, lançou mão, a partir da detecção dessas falhas, da a redução do aparelho do Estado com o primado da transferência ao setor privado de atividades antes executadas diretamente pelo Poder Público, em grande medida efetivada com a promulgação da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998 (BRASIL, 1998a) e dos programas de “publicização,” de “desestatização” ou de “privatização”.

O embrião infraconstitucional desse postulado centrou-se na edição da Medida Provisória 1.591/1997, convertida na Lei Federal 9.637/1998 (BRASIL, 1998b) instituindo-se, então, a figura das Organizações Sociais, entidades integrantes do Terceiro Setor, com personalidade jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, cujas atividades seriam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Desde então, tem sido profícua a qualificação, nos diversos entes federativos, das chamadas Organizações Sociais da Saúde (OSS) para a execução dos serviços públicos de saúde na condição de parceiras do Estado no cumprimento de seu dever constitucional.

Não obstante o advento do marco regulatório implementado pela Lei Federal 13.109/2014 (BRASIL, 2014) não se aplicar aos convênios ou aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e nem aos termos de parceria celebrados com organizações de sociedade civil de interesse público na área da saúde (DIAS; BONIN,

5 Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

6 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação n. 025.194/2015-1. Primeira Câmara, Relator Min. Augusto Sherman, 10 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria n. 023.655/2018-6. Plenário Câmara, Relator Min. Augusto Nardes, 21 ago. 2019.

2016), o extenso arcabouço legislativo e o referendo judiciário hodiernamente conferidos a uma ampla atuação das Organizações Sociais nesta seara não podem garantir - ou pelo menos não vem sendo certeza de garantia - de que a sociedade esteja recebendo esses serviços públicos de forma eficiente.

Dados comparativos de recente estudo (RAMOS; SETA, 2019) publicado no periódico *Cadernos de Saúde Pública* indicam que o modelo de gestão na Atenção Primária à Saúde (APS) nas duas mais populosas capitais da Região Sudeste do Brasil, Rio de Janeiro e São Paulo, não alcançou melhor desempenho no conjunto de indicadores em relação às duas outras capitais que mantiveram a gestão pela Administração Direta (AD), quais sejam as cidades de Vitória e Belo Horizonte, entre os anos de 2009 e 2014.

No estudo, foram analisados 13 indicadores voltados a acesso, atenção integral à saúde da mulher e da criança e redução de riscos e agravos à saúde, sendo que, desses indicadores, Rio de Janeiro e São Paulo obtiveram melhor desempenho em apenas três, em dois outros todas se equipararam e nos demais indicadores Belo Horizonte e Vitória ficaram mais bem posicionadas.

Referentemente à gestão da atenção básica à saúde por meio das OSS destaca-se a predominância desse modelo nas capitais São Paulo e Rio de Janeiro. Na primeira urbe, 17 OSS gerenciam 273 Unidades Básicas de Saúde, ou seja, 62% do total. Na segunda, a concentração é ainda maior, *i.e.* com apenas 4 OSS administrando 193 UBS, o que equivale a 98% delas.

Reversamente, as outras duas capitais da Região Sudeste optaram por manter a gestão desses serviços integralmente pública e direta, o que lhes logrou apresentar resultados 61% melhores do que nas outras duas capitais em que a saúde básica é executada por Organizações Sociais da Saúde.

Índice que se consubstancia em uma das principais atribuições da atenção básica, a taxa de mortalidade infantil alcança 9,78 pontos em Vitória e 9,99 pontos em Belo Horizonte, enquanto em São Paulo perfaz 11,12 pontos e o Rio de Janeiro 11,32 pontos.

Outro indicador significativo informa que em Vitória 100% da população que precisa ser atendida por equipes de atenção básica recebe a cobertura e em Belo Horizonte o índice giza em 94%, enquanto em São Paulo e Rio os índices ficam nos patamares de 27% e 50%, respectivamente.

O estudo apresentou a seguinte consideração final:

Este trabalho revelou que as duas capitais identificadas como tendo modelo de gestão por meio de OS, São Paulo e Rio de Janeiro, mediante os indicadores selecionados e no período analisado, de modo geral, não obtiveram melhor desempenho no conjunto dos indicadores perante as capitais que mantiveram a provisão e a gestão da APS por meio da AD. (RAMOS; SETA, 2019, p. 12).

Outro ponto que vem merecendo destaque são as frequentes e sucessivas apurações e investigações de desvios de conduta e de malversação de valores na execução dos serviços pelas OSS, evidenciando que esses problemas estruturais afetam e subtraem das Organizações

Sociais a possibilidade de concentrar esforços gerenciais e econômicos para a realização precípua (e eficiente) de sua finalidade.⁷

Grassam no noticiário denúncias de superfaturamento de preços, procedimentos fraudulentos, desvio de recursos e malbaratamento de insumos e de patrimônio na gestão das OSS, além da prestação deficiente dos serviços de saúde e a mais completa ausência de fiscalização e controle.

No artigo “Organizações Sociais de Saúde (OSS): Privatização da Gestão de Serviços de Saúde ou Solução Gerencial para o SUS?” (SOARES; BORGES; SANTOS, *et al.*, 2016) os autores Gabriela Barreto Soares *et al.* pontificam que,

Não há divulgação dos resultados nem controle social sobre eles. Os dirigentes responsáveis nos órgãos públicos os acompanham quase secretamente, enquanto apenas os serviços, as metas e os gastos tornam-se públicos via publicação dos contratos de gestão. Claramente falta transparência no que se faz, se compra, e se atende. (SOARES; BORGES; SANTOS, *et al.*, 2016, p. 846).

Com efeito, no dizer da Professora Célia Maria de Almeida, pesquisadora da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, a discussão das implicações das linhas de reforma contemporâneas para a eficiência, a efetividade e a equidade nos sistemas de saúde evidenciam várias contradições, identificáveis na análise mais detalhada da própria agenda reformadora: entre o aumento da eficiência e a diminuição da equidade na perspectiva das reformas orientadas para o mercado; entre o aumento da eficiência e a diminuição do acesso, com as medidas de contenção de custos; entre o aumento da eficiência, a perda da integralidade da atenção e a diminuição do acesso, com possível aumento das desigualdades, nos modelos de separação entre financiamento e provisão, competição administrada, dentre outros. (ALMEIDA, 1999).

Evidentemente que todo esse contexto reclama que a Administração Pública sempre se faça presente no exercício de seus poderes de coordenação e fiscalização com vistas à preservação dos direitos e interesses públicos, mesmo porque as experiências com a inserção das Organizações Sociais na gestão e produção dos serviços públicos de saúde não isentou a participação do Estado nesse processo. Pelo contrário, foi possível constatar o quanto é importante a participação do Estado nesse modelo, seja como financiador ou como controlador, porquanto, ademais, como formulador de políticas, capaz de estabelecer diretrizes claras, é essencial para a garantia de equidade no acesso. As Organizações Sociais, a partir de definições claras, conseguem se articular melhor, mesmo que se trate de uma

7 Das dez OSS que operam no município, oito estão sob investigação. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/das-dez-oss-que-operam-no-municipio-oito-estao-sob-investigacao18494571>>. Acesso em: 23 out. 2022.

Saúde de São Paulo: investigação aponta corrupção em contratos bilionários com OSS. Disponível em: <<https://celsogiannazi.com.br/2020/02/investigacao-corrupcao-oss-saude-sp/>>. Acesso em: 23 out. 2022.

Promotoria de SP denuncia 70 por desvios da saúde em contratos de OSs Disponível em: <https://correio.rac.com.br/_conteudo/2020/10/agencias/1012680-promotoria-de-sp-denuncia-70-por-desvios-da-saude-em-contratos-de-oss.html>. Acesso em: 23 out. 2022.

dimensão de múltiplos entendimentos e conflitos entre os interesses técnicos e políticos. (MAGRINI, 2011, p. 82).

A solução do problema, todavia, não nos parece passar pelo ataque e ao afastamento do modelo de gestão da saúde pelas OSS, mas na sua correta compreensão e no fortalecimento dos mecanismos de controle, transparência e atuação conjunta do Estado e da sociedade para sua correta execução e aplicabilidade,

Isso porque, como acima demonstrado, as consequências negativas assinaladas não decorrem do regime jurídico dos contratos de gestão, mas do desrespeito à legislação que disciplina o tema.

Nesse passo, promover a discussão, avançar na compreensão e exigir a devida aplicação do modelo talvez seja o maior desafio para evitar descabros administrativos e melhorar a oferta de serviços públicos de assistência à saúde no Brasil. (MÂNICA, 2018).

4 CONCLUSÃO

O aperfeiçoamento legal e doutrinário acerca do Terceiro Setor constitui inegável avanço na nova forma de se administrar o Estado brasileiro com claros propósitos modernizantes, notadamente quanto à eficiência e o bom trato da coisa pública.

Nesse sentido, a possibilidade de se utilizar as Organizações Sociais nas atividades ligadas à saúde, mesmo que em caráter complementar, objetiva ampliar, otimizar e facilitar o acesso de todos os brasileiros ao direito fundamental daí decorrente e, consequentemente, da própria dignidade da pessoa humana.

Para tanto, deve-se notadamente evoluir na interpretação dada ao modo de atuação da Administração Pública nos serviços e atividades de saúde de forma a se manter preservada a ideia central relativa ao dever do Estado em prestá-los diretamente, mas com a possibilidade de delegação às Organizações Sociais para atuação complementar. Espera-se, com isso, propiciar efetiva otimização dos resultados alcançados com ampliação do acesso dos brasileiros ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Mas, para tanto, deve a Administração Pública exercer os seus poderes de coordenação e fiscalização com vistas à preservação dos direitos e interesses públicos.

Ademais, na medida em que as Organizações Sociais são complementares ao Estado, podem receber recursos públicos e, sendo assim e como forma de se conferir ampla transparência nas tratativas e na execução dos ajustes pactuados, devem as Organizações Sociais que desenvolvem atividades de saúde apresentar detalhado e completo Plano de Trabalho (com a discriminação de todos os valores e dispêndios necessários para a consecução dos fins estatuídos) de forma a possibilitar amplo controle pelas entidades reguladoras, pela sociedade e pelo próprio Estado. Aperfeiçoa-se, destarte, a eficiência com estímulo ao menor custo dos serviços prestados.

Por fim e no tocante à eficiência das Organizações Sociais de Saúde, embora os números sejam bastante desanimadores quanto ao cenário pretendido, deve-se reconhecer que o modelo vem sendo implementado e sustentado por avançada legislação e por estudos doutrinários e consolidação jurisprudencial que indicam os caminhos e soluções

adequados e equânimes com o escopo de que os resultados sejam satisfatórios e eficazes para a sociedade brasileira, sempre respeitando as diretrizes constitucionais e as balizas de seus matizes principiológicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Célia Maria de. **Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudanças.** Ciência & Saúde Coletiva, v. 4, n. 2, p. 263-286, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 19, de 04 de julho de 1998.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.637, de 15 de maio de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Lei 13.019, de 31 de julho de 2014.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Plano Diretor/planodiretor.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Plano%20Diretor/planodiretor.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 32, de 3 de setembro de 2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928148&filename=Tramitacao-PEC+32/2020>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF.** Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308380793&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS.** Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6343/DF.** Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça da União, 17 nov. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, Ano 50, n. 4, Brasília: ENAP, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; BONIN, Stefânia de Matos. **Parcerias da Administração Pública com as Organizações da Sociedade Civil: análise da lei nº 13.019/2014 como norma geral de contratação pública**. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; MUZZI FILHO, Carlos Victor; PAES, José Eduardo Sabo (org.). Relações administrativas bilaterais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MAGRINI, Camila M. Vargas Araújo. **As Organizações Sociais como executoras dos serviços públicos de saúde**. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Economia Política, sob orientação da Profa. Doutora Rosa Maria Marques. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/9175/1/Camilla%20M%20Vargas%20Araujo%20Magrini.pdf>>. Acesso em 23 out. 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. **Eficiência dos contratos de gestão na saúde exige respeito à lei. Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/fernando-manica-eficiencia-contratos-gestao-saude>>. Acesso em: 23 out. 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP**. Artigo. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163-194.

MÂNICA, Fernando Borges. **Revedo os convênios com o Terceiro Setor: o que mudou a partir da Lei n. 13.019/14**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR – Ano 2, n. 2, Curitiba: 2017.

RAMOS, André Luiz Paes; DE SETA, Marismary Horsth. **Atenção primária à saúde e Organizações Sociais nas capitais da Região Sudeste do Brasil: 2009 e 2014**. Cadernos de Saúde Pública, vol. 35, nº 4, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/Gj5gLTGMCmPfvbckxT9J3rG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 23 out. 2022.

SOARES, Gabriella Barreto; BORGES, Fabiano Tonaco; SANTOS, Renata Reis dos, *et al.* **Organizações Sociais de Saúde (OSS): Privatização da Gestão de Serviços de Saúde ou Solução Gerencial para o SUS?** Revista Eletrônica Gestão & Saúde: Brasília, vol. 7, nº 2, 2016, p 828-850.

VITALIS, Aline. **Estado prestador 'versus' Estado regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Ano 53, n. 210, Brasília: 2016.