Consultor Jurídico
conjur.com.br

OPINIÃO

20 anos da Lei Federal 9.637/98: avanços e retrocessos na relação com OSs da saúde

1 de julho de 2018, 6h41

Por Daniel Bulha de Carvalho

A parceria entre entidades públicas e privadas para a assistência de serviços essenciais à coletividade não é algo novo no Brasil. Remontam à época da colonização nos cuidados à saúde e educação, principalmente com participação ativa das entidades religiosas.

Na verdade, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, mais intensamente, a partir do final da última década do século passado, ocorreram mudanças em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de implantar estruturalmente no Brasil o modelo da denominada "administração gerencial" em substituição ao padrão tradicional até então estabelecido na administração pública.

A proposta de implantação do modelo de administração gerencial foi delineada no Brasil pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, um estudo elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em setembro de 1995. Também vulgarmente conhecido como Plano Bresser Pereira, o modelo ali delineado se apresenta como um contraponto aos outros modelos histórica e tradicionalmente existentes, pelo qual a reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. A diferença existencial encontra-se na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados.

E foi ainda durante a tramitação da Emenda Constitucional 19/1998, o mais importante legitimador do supramencionado modelo, conhecida como emenda da "reforma administrativa", que adveio a Medida Provisória 1.648-7, de 23 de abril de 1998, convertida posteriormente na Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998, que estabeleceu no plano nacional a figura jurídica das Organizações Sociais, que nos 20 anos de sua vigência, completados recentemente, vem trazendo avanços na prestação do serviços de saúde, porém também enfrentado alguns retrocessos no decorrer de sua existência.

Em que pese o incontestável avanço na área da saúde com a consolidação das Organizações Sociais, o que se tem observado, na prática, é um nítido e gradual retrocesso no controle exercido pelos órgãos internos e externos, ampliando as exigências nos procedimentos meios e, consequentemente, prejudicando os resultados e majorando os custos, ceifando as finalidades precípuas desse tipo de parceria público-privada.

As origens do contrato de gestão no Direito brasileiro, vinculado à prestação de serviços públicos de saúde, inicia-se com a experiência da Fundação das Pioneiras Sociais, em que a Lei Federal 8.246, de 22 de outubro de 1991, autorizou ao Poder Executivo celebrar contrato de gestão com a referida entidade, com atuação restrita à área da saúde e gestão supervisionada pelo Ministério da Saúde.

Essa positivação do contrato de gestão, em uma parceria público-privada na gestão da saúde, foi fruto da ideia neoliberal promovida fortemente à época sobre o "Estado mínimo", segundo a qual o Estado será sempre menos eficiente do que o setor privado, devendo, portanto, atuar tão somente onde seja indispensável. Há no modelo um nítido foco na obtenção de resultados com consequente redução dos controles das atividades-meio.

Observem que desde sua origem "piloto", conforme experiência aqui narrada, o contrato de gestão foi delineado com vistas a permitir à entidade contratada plena autonomia administrativa fundamentada na economicidade e eficiência, cujos critérios de controle se pautariam na avaliação do retorno obtido com a aplicação dos recursos públicos[1], ou seja, com avaliação baseada nos resultados.

E foi o êxito dessa experiência que serviu de inspiração para a criação da Lei Federal 9.637/98, que encontrou um ambiente legal propício para institucionalizar e inserir no ordenamento jurídico pátrio a gestão dos serviços públicos de saúde pelas entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas pelo poder público como Organizações Sociais, através de contratos de gestão[2], com estrita observância às diretrizes estabelecidas pelo SUS.

A caracterização dessas entidades parceiras (entes de cooperação) é dada com precisão por um dos mais respeitados doutrinadores do tema:

> "Os "entes de cooperação" são pessoas jurídicas de Direito Privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na Administração direta ou indireta do Estado" (MODESTO, Paulo. "Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio – Serviço de Saúde – Conceito de serviço público e serviço de relevância pública" in *RTDP – Revista Trimestral de Direito Público*, nº 28, Malheiros Editores, São Paulo, 1999, p. 117)

Ou seja, mais do que pessoas jurídicas de direito privado atuando em parceria e cooperação com o poder público na execução de serviços públicos essenciais, é mister que a aludida relação jurídica esteja condicionada a um especial controle administrativo, que, como dito, se fundamentará nos resultados e na economicidade dos recursos públicos transpassados, dentro dos critérios definidos no contrato de gestão.

Todavia, essa autonomia administrativa inerente à finalidade das Organizações Sociais tem encontrado, na prática, fortes resistências dos órgãos de controle quanto (i) ao reconhecimento prático de sua existência e (ii) o livre exercício gerencial dela decorrente com vistas a tornar o objeto da parceria mais eficaz e econômico.

As entidades parceiras, como as Organizações Sociais, não perdem sua condição precípua de pessoa jurídica de direito privado na liberdade de gestão de seus objetivos

estatutários, ao contrário, foi a manutenção dessas características que permitiu o êxito na prestação de serviços públicos de saúde, o que estimulou rapidamente os legisladores de outros entes federativos a positivarem esse modelo de parceria público-privada após a edição da Lei Federal 9.637/98.

E, neste ponto, tem-se mostrado contraproducente na prática executória desses contratos a intervenção dos órgãos contratantes nos aspectos gerenciais da entidade, mitigando sua capacidade administrativa de tornar mais eficiente e mais econômica a prestação dos serviços.

A bem da verdade, a participação de membros do Poder Público no Conselho de Administração dessas entidades como requisito para sua qualificação procurou suplantar a necessidade de controle rígido dos atos de gestão da entidade como ocorre em outros ajustes públicos, focando o controle interno nos resultados.

A garantia do exercício pleno da autonomia administrativa ora expressa nos textos legais que disciplinam a atuação das Organizações Sociais é elemento basilar para a retomada ascendente dos avanços que tais parcerias têm proporcionado na área da saúde.

É importante aclarar que a defesa da autonomia das Organizações Sociais e o foco no controle dos resultados não implica em defender o descontrole estatal, tampouco defender a privatização dos serviços de saúde, mas, sim, a defesa de um mecanismo que, pensado há mais de 20 anos, ainda nos tempos atuais encontra resistências que impossibilitam sua efetividade plena e, por conseguinte, uma avaliação mais precisa de seus benefícios ao sistema nacional de saúde.

A experiência nacional já comprova a aptidão de tal modelo na racionalização de despesas decorrentes da *expertise* adquirida pelas entidades no desempenho das atividades assumidas e pelo modelo de gestão privado balizador de suas ações, mesmo com toda insegurança jurídica que ainda permeia tal relação.

Com a efetiva autonomia de gestão à entidade qualificada como Organização Social, controle das metas e resultados levado a cabo pelos órgãos contratantes, o

adimplemento dos órgãos contratantes no decorrer da execução contratual e um controle externo eficiente, não há dúvidas de que o modelo que contribui com os avanços já consolidados no sistema único de saúde trará ainda maiores contribuições à efetivação do acesso universal e gratuito à saúde, direito fundamental esculpido em nossa Carta Cidadã.

---

[1] Art. 3º Competirá ao Ministério da Saúde supervisionar a gestão do Serviço Autônomo Associação Sociais, observadas as seguintes normas:
[...]
III - observado o disposto nesta lei, o Ministério da Saúde e a Secretaria da Administração Federal definirão os termos do contrato de gestão, que estipulará objetivamente prazos e responsabilidades para sua execução e especificará, com base em padrões internacionalmente aceitos, os critérios para avaliação do retorno obtido com a aplicação dos recursos repassados ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, atendendo ao quadro nosológico brasileiro e respeitando a especificidade da entidade;
[...]
V - a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo Ministério e fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União, que verificará, especialmente, a legalidade, legitimidade, operacionalidade e a economicidade no desenvolvimento das respectivas atividades e na conseqüente aplicação dos recursos repassados ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, que será avaliada com base nos critérios referidos no inciso III deste artigo;
VI - para a execução das atividades acima referidas, o Serviço Social Autônomo Associações das Pioneiras Sociais poderá celebrar contratos de prestação de serviços com quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, sempre que considere ser essa a solução mais econômica para atingir os objetivos previstos no contrato de gestão, observado o disposto no inciso XV deste artigo.
[2] A doutrina brasileira também denomina como contrato de gestão aquele que, apesar de objetivo análogo a este, é firmado exclusivamente entre entidades públicas, nos termos previstos no artigo 37, parágrafo 8º da CF, incluído pela Emenda Constitucional 19/98.

Referências bibliográficas

BRASIL, *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas*: Desafios de uma Sociedade Democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 8ª ed, São Paulo: Atlas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*, 2009, Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27 ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

Daniel Bulha de Carvalho é advogado, especialista em Direito Público pela PUC Minas, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-Campinas e pós-graduando em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

Revista **Consultor Jurídico**, 1 de julho de 2018, 6h41