



OPINIÃO

As organizações sociais e as polêmicas na área da saúde

2 de abril de 2020, 6h34

Por Liliana de Almeida F. S. Marçal e Thiago F. S. Marçal

I- Contextualização:

I.1 Organização Social. Seleção e contratação.

O Governo Federal promoveu a reforma administrativa na década de 1990 e instituiu o Programa Nacional de Desestatização com o objetivo de redefinir a atuação direta do Estado em atividades de competência não exclusiva, autorizando parcerias com

particulares que passaram a atuar em caráter complementar na gestão de serviços públicos relacionados à saúde, cultura, pesquisa científica e preservação do meio ambiente, sob a supervisão estatal.

Nessa linha, a Lei federal nº 9.637/98 disciplinou a atuação da Organização Social - OS, entidade privada sem fins lucrativos, identificada como “terceiro setor”, por atuar em complementação ao Estado naquelas atividades socialmente relevantes, sem integrar a Administração, mas legitimadas pelo princípio constitucional da subsidiariedade, que autoriza a repartição das atribuições estatais com a coletividade, em prol do Estado Social de Direito, recebendo, por vezes, recursos públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que as Organizações Sociais *não são pessoas da Administração Indireta, pois como além se esclarece, são organizações*



particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter “parcerias” com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos. [1]

Dentre as atividades valiosas está a saúde, cuja gestão pode ser executada pela Organização Social, nos termos da expressa autorização constitucional contida nos artigos 197 e 198. E, para tal, a entidade privada deve se qualificar como Organização Social, apresentando requerimento à Administração Pública que poderá (decisão discricionária) deferi-lo se atendidos os requisitos previstos na legislação própria do ente federativo contratante, cujo efeito restringe-se à sua circunscrição. Na hipótese de ser a União, os requisitos estão definidos no artigo 2º da Lei federal nº 9.637/98. Os textos estaduais e municipais replicam com alguns acréscimos o federal.

Qualificada como Organização Social, a entidade está habilitada a participar de processos de seleção, apresentando projeto no âmbito do Chamamento Público - não se confunde com os procedimentos licitatórios previstos na Lei federal nº 8.666/93 - para gerir serviços públicos. O Poder Público, após exame das propostas, elege a que melhor atende o interesse público e celebra com a entidade ofertante contrato de gestão, definindo: (i) os direitos e obrigações das partes; (ii) o programa de trabalho e os prazos de execução; (iii) os critérios de avaliação e (iv) os limites de remuneração dos dirigentes e empregados da Organização Social. Tais cláusulas devem ser precisas para permitirem o controle do uso dos recursos públicos.

A seleção da Organização Social pela Administração não se sujeita à Lei federal nº 8.666/93, por força da dispensa expressa prevista no artigo 24, inciso XXIV. A constitucionalidade dessa dispensa foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.923/DF, que fixou entendimento no sentido da contratação de Organização Social não se submeter às regras da licitação, mas a procedimento específico de seleção, conduzido de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, observados os princípios do artigo 37 da Constituição da República

I.2 Regime Jurídico dos contratos celebrados pela Organização Social com

terceiros.

A Organização Social ao executar o contrato de gestão celebra ajustes para contratar obras, serviços, produtos e pessoal, utilizando-se, muitas vezes, de verba pública repassada, o que enseja até hoje caloroso debate sobre a incidência da Lei federal nº 8.666/93 àqueles ajustes.

Objetivando elucidar a questão, os seguintes aspectos são relevantes:

- “ (i) a Constituição da República impõe a obrigatoriedade de licitar à Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 37, inciso XXI), o que exclui a Organização Social por não integrar a Administração Pública Direta, nem a Indireta.
- (ii) a Lei federal de licitações 8.666/93, reforçando a regra constitucional retro mencionada, prevê no parágrafo único, do art. 1º, que são subordinados ao seu regime, *além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*
- iii) o Decreto federal nº 6.170/07, no artigo 11, impõe a realização de cotação prévia de preços de mercado antes da celebração de contratos de aquisição de produtos e contratação de serviços por entidades privadas, com recursos serem oriundos do erário.
- (iv) o Tribunal de Contas da União tem decidido reiteradamente que não se aplicam à Organização Social as normas gerais de licitação, devendo a entidade criar seu regulamento próprio.

Nesse sentido, o acórdão 5236/2015 da Segunda Câmara, da relatoria do Conselheiro Raimundo Carreiro:

“ 5.37. Por fim, as organizações sociais não estão inseridas no rol de entidades obrigadas a licitar constante da Constituição Federal ou mesmo do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/1993. Essas entidades não integram a administração direta ou indireta.

5.38. Dessa forma, mesmo que se mantenham em aberto as discussões quanto ao conteúdo dos regulamentos próprios das organizações sociais, a prerrogativa de elaborá-los, observando os princípios de administração pública, permanece com as próprias entidades, não cabendo ao Poder Executivo ou ao Tribunal assumir esse papel.

No mesmo sentido foi proferido o Acórdão nº 1111/2008 do Plenário.

(v) a Advocacia Geral da União emitiu o parecer nº 81/2011/DECOR/CGU/AGU reafirmando que a Organização Social tem regulamento próprio para contratação de bens e serviços, previsto em lei, o que constitui exceção válida ao princípio licitatório.

[2]

(vi) o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADI nº 1.923/DF, reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.637/98, esclarecendo o Ministro Relator Ayres Britto que *as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de*

direito privado.

Assim, há alinhamento dos diversos órgão de controle no sentido da Organização Social poder contratar com terceiros, utilizando-se de verbas públicas, sem a realização de procedimento licitatório, obedecido seu regulamento próprio e atendidos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade, além da realização de cotações prévias de preços no mercado.

II – Polêmicas dos contratos de gestão na área da saúde

II.1- Os limites do objeto do contrato de gestão na área da saúde

A polêmica sobre o contrato de gestão já se inicia na definição dos limites do seu objeto.

Alguns doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Silvia Zanella Di Pietro defendem que a absorção do serviço público de saúde pela Organização Social seria inconstitucional por violar a regra do artigo 196 da Constituição da República que prevê a saúde como dever do Estado. Nessa linha de raciocínio, aquele dispositivo constitucional exigiria que o Estado prestasse diretamente esse serviço, cabendo à Organização Social atuar em caráter meramente complementar.

A Constituição da República vigente universalizou o direito à saúde ao atribuí-lo a todos brasileiros, independente de possuírem vínculo formal de trabalho, por meio do Sistema Único de Saúde-SUS. Paralelamente, previu a possibilidade de participação de entidades privadas no SUS (artigo 199, §1º), especialmente de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Nesse contexto constitucional, foi editada a Lei federal nº 9.637/98, que autorizou a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organização Social, possibilitando a celebração de contratos com a Administração para gerir o serviço público de saúde.

Da análise dos contratos submetidos aos Tribunais de Contas, constata-se que muitos Estados e Municípios optaram por transferir a gerência de hospitais, unidades básicas de saúde, etc. para as Organizações Sociais, que passam a executar diretamente tais serviços, sob a supervisão do Poder Público, o que tem sido considerado regular pelos

órgãos de controle, a despeito de parte da doutrina entender que extrapola o caráter complementar de suas ações.

Tal questão é superada se bem entendida a alteração do modo de atuação do Estado que passa a coordenar e fiscalizar essa ação dos particulares, sem se eximir de sua responsabilidade constitucional de disponibilizar a saúde a todos, na medida em que os serviços continuam a ter caráter público. O controle estatal deve ser eficiente e contínuo, por meio da definição dos indicadores de desempenho, padrões de qualidade, prazos para execução, preços, gestão estratégica e metas, o que permite avaliar objetivamente os resultados, a qualidade dos serviços e a aplicação dos recursos públicos.

II.2 Vantajosidade econômica

Outra questão que enseja muita polêmica no contrato de gestão da saúde é a demonstração da vantajosidade econômica. A transferência de gerenciamento de unidade de saúde para Organização Social deve ser precedida de estudos que demonstrem a melhor eficiência do serviço a menor custo, justificando a opção da Administração.

E para tal, o Plano de Trabalho apresentado pela entidade precisa conter os valores dos serviços, incluindo os custos unitários e global de cada atividade inserida no projeto, bem como a metodologia adotada para apuração desses custos, permitindo a apuração da economicidade dos preços.

A demonstração da economicidade obtida com a celebração do contrato de gestão não se cinge a comparar a remuneração salarial dos cargos que constam do quadro da Administração Pública com os da Organização Social, é necessário detalhar as despesas que compõem o Plano de Trabalho, tais como prestação de serviços de terceiros, aquisição de medicamentos, etc. para o efetivo cotejamento.

A vantajosidade econômica é aspecto sempre apontado nas auditorias dos Tribunais de Conta e das Controladorias que exigem estudo técnico demonstrando que a gestão de unidade de saúde por Organização Social é a melhor opção financeira, o que exige a transparência dos custos dos serviços prestados pela entidade, em atendimento ao

disposto no §1º, artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Acesso à Informação.

II.3 Gestão por resultado

Outro ponto polêmico no contrato de gestão é a fiscalização dos resultados. A principal finalidade da transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para Organização Social é obter melhor eficiência na prestação dos serviços, ou seja, melhor resultado. A entidade gestora deve ser cobrada e responsabilizada pelos resultados, por meio de fiscalização efetiva da Administração Pública e sociedade civil quanto ao cumprimento dos indicadores de desempenho e metas.

No que se refere especificamente aos indicadores de desempenho e metas, o Poder Público deve defini-los de maneira clara e objetiva, pois são os instrumentos mais eficazes para a apuração dos resultados. A participação da Administração na redação das cláusulas do contrato e, posteriormente, na fiscalização da sua execução é essencial para assegurar a qualidade, eficiência e economicidade dos serviços prestados e evitar o desvio de verbas públicas.

Diante da opção por celebrar contrato de gestão, o Poder Público deixa de ser o gerenciador de unidades hospitalares e passa a desempenhar o papel de fiscalizador dos serviços. Contudo, do exame de diversos acórdãos dos Tribunais de Contas, verifica-se que na prática o Poder Público não exerce com o necessário empenho a fiscalização dos contratos, permitindo que a qualidade dos serviços deteriore e os custos aumentem, o que contradiz a máxima terceirização/eficiência/economia.

III. Conclusão

A concepção de entidade sem fins lucrativos gerenciar unidades de saúde, colaborando com o Estado, é salutar desde que a Administração fiscalize efetivamente os contratos de gestão, apurando se a parceria é benéfica e vantajosa para a população, não só em termos financeiros, mas principalmente em relação à qualidade e quantidade dos serviços oferecidos antes e após a parceria.

A participação dos órgãos de controle interno e externo na fiscalização dos contratos de gestão é essencial. Contudo, não podem exigir das Organizações Sociais condutas que

a lei não lhes impõe.

Inúmeras ações civis públicas imputam aos dirigentes de Organizações Sociais atos de improbidade administrativa sob os seguintes argumentos: (i) a Lei federal nº 9.637/98 seria inconstitucional e, assim, o contrato de gestão deveria submeter-se às regras da Lei nº 8.666/93 e (ii) o objeto do contrato de gestão deveria se limitar a complementar a função do Estado o que não autorizaria abarcar a gestão de unidades de saúde. Tal postura afasta as Organizações Sociais de Municípios e Estados por receio dos dirigentes de enfrentarem longa batalha judicial, inclusive com bloqueio de bens patrimoniais pessoais, a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade da Lei federal nº 9.637/98 e dos Tribunais de Conta considerarem regular a gestão de unidades de saúde por Organização Social.

O caminho a seguir para atingir os resultados pretendidos com a participação das Organizações Sociais na área da saúde é a atuação conjunta e harmônica do Estado, da sociedade e dos órgãos de controle na fiscalização dos contratos, incluindo a prestação de contas e a qualidade dos serviços, garantindo que a transferência dos serviços de saúde represente efetivo ganho para a população.

[1] Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, Malheiros Editores, 26ª ed., 2008, p.222.

[2] ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98. NECESSIDADE DE LICITAR IMPOSTA PELO DECRETO Nº 5.504/2005. ILEGALIDADE. REGULAMENTO PRÓPRIO PARA A CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PREVISTO EM LEI. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ART. 11 DO DECRETO Nº 6.170/2007. Parecer n. 81/2011/DECOR/CGU/AGU.

Liliana de Almeida F. S. Marçal é procuradora aposentada do município de São Paulo.

Thiago F. S. Marçal é advogado.

Revista **Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2020, 6h34