

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

EWERSON WILLI DE LIMA PACK

**EXPERIÊNCIAS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE: VINTE ANOS DO  
TERCEIRO SETOR NA DINÂMICA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO**

CURITIBA

2018

EWERSON WILLI DE LIMA PACK

**EXPERIÊNCIAS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE: VINTE ANOS DO  
TERCEIRO SETOR NA DINÂMICA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO**

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

CURITIBA

2018

## TERMO DE APROVAÇÃO

EWERSON WILLI DE LIMA PACK

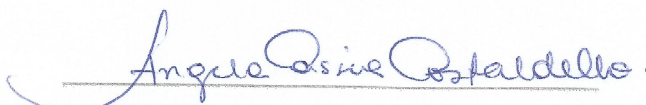
**Experiências das organizações sociais na saúde: vinte anos do terceiro setor na dinâmica do sistema de saúde brasileiro**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



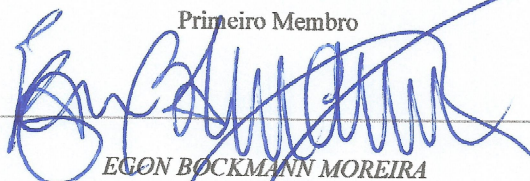
*RODRIGO LUÍS KANAYAMA*  
Orientador

Coorientador



*ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO - Direito*  
*Público*

Primeiro Membro



*EGON BOCKMANN MOREIRA*  
Segundo Membro

## AGRADECIMENTOS

Se o mundo é realmente um palco e cada pessoa tem seu papel, a “pujante peça” desses anos me apresentou alguns atores e atrizes que contribuíram com muitos belos versos.

Na família, primeiramente, agradeço à minha avó. Se não fosse pela visão dela, dificilmente eu teria chegado até aqui. Mulher de inteligência inspiradora. À minha mãe, pelo amor, atenção e esforço incondicionais. Agradeço também a meu pai, pelo firme apoio em todos esses anos.

Aos colegas amigos de faculdade, agradeço ao Fernando, pelos longas memórias em 7 anos de convivência. Ao Hemerson, pela troca de conversas, pela grande afinidade e pelas aulas no RU. Uma dessas inspirou o começo desse trabalho. Ao Abbud, sem me esquecer dos incontáveis trabalhos feitos juntos, pelas permanentes afabilidade e nobreza mesmo nas horas mais difíceis. À Luísa, não só pela atenciosidade e empatia, mas também pelo auxílio em certa parte desse trabalho. E ao Bruno, pela parceria constante desde o final de 2015.

Àqueles amigos fora da faculdade, agradeço ao Daniel não pelos últimos 5 anos inafastáveis entre nós, mas sim pela década desta amizade com que sempre contei. Ao Stonoga, pela simpatia, pelas investigações e pelas outras aventuras: “o jogo já começou...”. Ao Tassinari, pelo humor quase sempre surpreendente. Ao Cassol, por ser meu guia de literatura médica nesse trabalho. Ao Guilherme, pelos momentos *nonsense*. À Flávia, pelas incontáveis horas de “informações relevantes” trocadas e pela disposição nos meus pedidos de socorro. À Natalie, pelo carinho e por ter instigado a amizade entre nós, egressos da DPU (e também por outras “informações relevantes”). E ao Coutsiere, uma das pessoas mais inteligentes que já conheci.

Àqueles dos estágios, minha gratidão pelo aprendizado e pela permanente atenção: Dr Carlos, Sandra, Roberto e Letícia.

E aos professores, cujo ofício sempre admirei, primeiramente agradeço ao meu orientador, Prof Rodrigo Kanayama. Suas lições iniciais foram absolutamente essenciais para o desenvolvimento do trabalho. À Prof<sup>a</sup> Eneida Desiree, por tantas

aulas extraordinárias. Ao Prof Egon, por me ser um verdadeiro *think tank* no direito público. Minhas lembranças também aos Profs Celso e Serau.

E, por fim, à Universidade Federal do Paraná, casa que me permitiu tantas vivências e conhecimentos.

A todos, obrigado pelos versos. *For auld lang syne*.

“Durante anos, tenho visto governos controlarem nossas vidas. E o argumento deles é sempre o mesmo: menos custos, mais eficiência. Mas o resultado é o mesmo, também: menos controle pelas pessoas, mais controle pelo Estado. Até que os desejos do indivíduo não contem para nada.”

*Violet Crawley, Dowager Countess of Grantham*

“Social security must be achieved by co-operation between the State and the individual. The State should offer security for service and contribution. The State in organising security should not stifle incentive, opportunity, responsibility.”

*William Beveridge*

“Quando os ventos de mudança sopram, umas pessoas levantam barreiras, outras constroem moinhos de vento.”

*Érico Veríssimo*

## RESUMO

O desiderato da presente monografia é descrever o caminho que as organizações sociais de saúde tiveram de percorrer em vinte anos de previsão legal no Brasil, a partir do marco instituído pela Lei nº 9.637/1998, a qual regulou, em âmbito federal, as possibilidades de parceria entre o Poder Público e estas entidades em prol de diversas atividades de relevância e interesse públicos. A primeira parte deste trabalho traça as formações históricas e paradigmáticas que demandaram a alteração das estruturas jurídicas do direito público contemporâneo, o qual não mais se restringiria na mera fórmula “supremacia do interesse público”. Os ventos da mudança, nesse sentido, compreenderiam a necessidade de a administração pública observar a concretização de direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia e dos processos a ela atinentes, incluindo a participação da sociedade nas decisões. As organizações sociais da saúde adviriam como uma expressão dessa percepção de mudança, ensejando a participação social e visando a um incremento de eficiência na prestação de serviços. A partir da pesquisa de casos múltiplos, com a revisão integrativa da literatura científica sobre o modelo de gestão das organizações sociais de saúde e com a abordagem descritivo-comparativa, o trabalho descreveu o processo de criação e de expansão das organizações sociais de saúde no Estado de São Paulo e em sua capital, dada a posição de vanguarda que assumiram no desenvolvimento do chamado Terceiro Setor. A progressiva delegação pelo Poder Público de serviços de saúde levou a muitas reações na literatura e na jurisprudência - mormente pela ADI 1.923/DF -, as quais foram apresentadas na parte intermediária do trabalho. O capítulo derradeiro tratou das possibilidades de efetividade material da prestação da saúde pelas organizações sociais, desenhando-se as soluções e respostas obtidas pelas experiências do Terceiro Setor às críticas, e concluindo-se que o controle profundo da prestação dos serviços e das próprias organizações é pressuposto de sua eficácia. Ao final, a monografia descreveu as condições de acesso no sistema de saúde, pontuando-se a necessidade de se desenvolver, num país com as características do Brasil, a universalidade e a equidade do sistema de saúde, ainda que este abarque o setor privado não-lucrativo.

**Palavras-chave:** Organizações sociais. Direito à saúde. Controle. Efetividade.

## ABSTRACT

The purpose of this monograph is to describe the path that social health organizations have had to go through twenty years of legal prediction in Brazil, starting from the framework established by Law 9,637/1998, which regulated, at federal level, the possibilities of partnership between the Public Power and these entities in favor of several activities of public relevance and interest. The first part of this work traces the historical and paradigmatic formations that have demanded the modification of the juridical structures of contemporary public law, which would no longer be restricted in the mere formula "supremacy of the public interest". The winds of change, in this sense, would comprise the need for the public administration to observe the realization of fundamental rights and the strengthening of democracy and related processes, including the participation of society in political decisions. Social health organizations would act as an expression of this perception of change, fostering social participation and increasing efficiency in service delivery. Based on the multiple case research, with the integrative review of the scientific literature on the management model of social health organizations and with the descriptive-comparative approach, the monograph has described the process of creation and expansion of social health organizations in the State of São Paulo and in its capital, given the leading position they assumed in the development of the so-called Third Sector. The progressive delegation of public health services led to many reactions in the literature and jurisprudence - mainly by ADI 1,923 / DF -, which were presented in the middle of the work. The last chapter has dealt with the possibilities of material effectiveness of health care delivery by social organizations, drawing the solutions and responses obtained from the experiences of the Third Sector to criticisms, and concluding that the deep control of the provision of services and of the organizations themselves is assumption of its effectiveness. In the end, the monograph described the conditions of access in the health system, emphasizing the need to develop, in a country with the characteristics of Brazil, the universality and equity of the health system, even if it encompasses the non-profit private sector.

**Keywords:** Social organizations. Right to health. Accountability. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>O TERCEIRO SETOR E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....</b>	<b>10</b>
2.1	O PEDESTAL DO ANTIGO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS NOVOS PARADIGMAS .....	10
2.2	A ASSUNÇÃO DO TERCEIRO SETOR, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E EFICIÊNCIA .....	14
2.3	REGIME CONSTITUCIONAL-LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE .....	20
<b>3</b>	<b>OS VINTE ANOS DE TRAJETÓRIA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....</b>	<b>29</b>
3.1	OS PROCESSOS DE CRIAÇÃO E EXPANSÃO DAS OS'S DE SAÚDE .....	29
3.2	RESISTÊNCIAS DOCTRINÁRIAS .....	34
3.3	A CRÍTICA ALCANÇA O STF: O CASO DA ADI 1.923/DF .....	42
<b>4</b>	<b>ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, DINÂMICAS DE SAÚDE E EFETIVIDADE .....</b>	<b>48</b>
4.1	REMÉDIOS PARA UM <i>REQUIEM</i> ANUNCIADO .....	48
4.2	CONTROLE DAS OS'S: NECESSIDADE E INAFASTABILIDADE .....	55
4.3	OS'S, CONDIÇÕES DE ACESSO À SAÚDE E EFICIÊNCIA .....	60
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>68</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>
	<b>ANEXO 1 – LEI Nº 9.637/1998 .....</b>	<b>79</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A atuação do Terceiro Setor na área da saúde passa por progressiva pavimentação, mas ainda se encontra longe de ter tratamento e aceitação uniformes, longínqua de uma definição bem contornada de suas balizas fáticas e jurídicas. Nessa medida, oportuno é desenvolver um trabalho descritivo respeitante aos caminhos que o direito, a administração pública, e o setor público não estatal têm trilhado - em quase 20 anos de legislação específica acerca das organizações sociais, além dos mais de 30 anos de Constituição, que já previra as parcerias entre o público e o privado - no ponto especial à saúde, enquanto direito fundamental social muito deferido, mas cuja concretização está, notoriamente, ainda distante de ser referência em qualidade e em suficiência de atendimento.

O alvo será, então, após se averiguar a natureza jurídica das atividades desenvolvidas por essas entidades, descrever aspectos centrais dos processos de experiência prática das organizações sociais na concretização do direito à saúde, assim como seu desenvolvimento em duas décadas de previsão legal no tocante às dinâmicas do sistema de saúde brasileiro.

Sob a advertência de que a literatura ainda não é abundante em referência a essa temática, o trabalho procurará apontar quais os problemas que a doutrina e a práxis administrativistas têm observado, e as soluções que, em 20 anos de legislação, foram construídas.

Porém, antes de se buscar esses objetivos, propõe-se esclarecer as premissas que balizaram a formação do Terceiro Setor e das organizações sociais e que, atualmente, legitimam e delineiam seu regime jurídico na prestação de serviços de saúde.

## 2 O TERCEIRO SETOR E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

### 2.1 O PEDESTAL DO ANTIGO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS NOVOS PARADIGMAS

A redemocratização da República e a promulgação da Constituição Federal em 1988 buscaram romper com uma ordem autoritária e autorreferente de Estado, a fim de que este incluísse a transparência e a participação dos cidadãos em diversas esferas do espaço público e da Administração Pública (BARROSO, 2015, p. 280). O direito administrativo, a seu turno, foi relevantemente constitucionalizado.

Embora essa descrição *supra* esteja pacificada nas fontes, ainda há questões de ordem geral dissonantes. Uma destas - que interessa para o presente trabalho -, com efeito, reside na concepção condizente às finalidades que o direito administrativo deve adotar.

Boa parte da tradição administrativista atribui ao Estado a incumbência de observar e executar o interesse público (não obstante a possível dificuldade de definição do conteúdo deste), o qual, inclusive, ocuparia uma posição equivalente a um pedestal em relação ao interesse privado.<sup>1</sup>

Entretanto, parte da doutrina publicística assimila distintamente. Uma leitura mais atenta dos valores, princípios e regras dispostos na Constituição permite a afirmação de que o direito administrativo deve perseguir fins que não se circunscrevem à mera inteligência de uma supremacia *a priori* de um indisponível interesse público.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Veja-se, como exemplo elementar, a conceituação clássica trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello, quem afirma que os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade deste interesse corresponde à necessária superioridade dos interesses da coletividade, prevalecendo sobre os interesses privados. De fato, conforme essa concepção, o interesse do particular e a estabilidade da ordem social dependeria da própria existência de um interesse público hierarquicamente superior e indisponível. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 59-62)

<sup>2</sup> Com efeito, Gustavo Binbenojm (2006, p. 30) aponta que o pensamento de um interesse público convergente com os próprios interesses privados, mas superior a estes, não possui sintonia à emergência do constitucionalismo e ao novo foco conferido aos direitos fundamentais e à estrutura democrática de Estado como fundamentos da nova ordem jurídico-política trazida pela Carta de 1988. Não seria possível, destarte, identificar uma relação bipolar cidadão/Estado como elemento central do direito administrativo, porquanto se observaria o progressivo caráter multipolar no direito público, no qual não residiria uma contraposição, ainda que potencial, entre esferas de interesse públicas e privadas (BINENBOJM, 2006, p. 100). Marçal Justen Filho (2015, p. 137) lembra, ainda, que o interesse público não se resumiria ao interesse do Estado, sobretudo quando presentes

O pressuposto, então, é outro. Da rejeição do interesse público como base única do regime jurídico de direito público, Marçal Justen Filho (2015, p. 142) defende o desenvolvimento da concepção de um direito administrativo fundamentado na concretização dos direitos fundamentais e vinculado necessariamente aos procedimentos democráticos. O Estado torna-se, então, um dos instrumentos para promoção dos interesses efetivos. Mas não é só. Uma noção nova de Estado democrático de direito abarca, também, o entendimento de que a sociedade civil pode assumir significativos encargos necessários à efetivação dos direitos fundamentais.

A história do direito administrativo é marcada por bipolaridade de termos, de dicotomias semânticas que contêm as oposições autoridade/liberdade, público/privado, indivíduo/coletividade. Nada obstante, a chegada de novos tempos não deve mais se apoiar em contraposições dessa tipologia, devendo se fundamentar, antes, em noções tais quais as de “equilíbrio de interesses” e “consenso” (MARQUES NETO, 2015, p. 354-355). Explica Floriano Marques (2015, p. 355-356, grifos nossos):

O cotejo entre as diferentes concepções de modelo teórico do direito administrativo (compreendendo sua estrutura e sua função) e as tensões a ele subjacentes nos permitirão demonstrar que (i) a bipolaridade, embora central na construção do modelo teórico do administrativismo, sempre foi desafiada por **instrumentos de concentração de interesses e de emprego do particular na consecução de finalidades públicas**; (ii) no hodierno quadro de crescentes e complexas obrigações do Estado mostra-se fundamental o arranjo entre os múltiplos interesses enredados na atuação estatal; (iii) **é necessário deslocar o modelo teórico de análise do direito administrativo da estrutura para a função, reposicionando o cidadão no centro das preocupações deste ramo do Direito**, transpondo-o para outro modelo que Cassese denomina “Arena Pública”, que aqui designamos de **paradigma multipolar**.

Dentre as novas noções paradigmáticas do Estado, Costa Gonçalves (2013, p. 162) coloca que a administração pública deve atuar para os cidadãos, de onde decorre a “cidadania administrativa”. Referida concepção não abarca apenas a participação dos interessados nos procedimentos, como também a possibilidade de intervenção e fomento de uma atividade pró-ativa. Assim, para o autor, não se

---

interesses coletivos não essencialmente estatais, perseguidos por entidades que não pertencem ao aparato estatal, pois integrantes do Terceiro Setor.

trataria de mera permissão de participação dos cidadãos, mas antes de incentivo, de ator que compartilha com o Estado a realização das funções tidas como administrativas, “que procura e aceita contribuir para a realização do bem comum”.

O artigo “administrado”, enquanto objeto em face do pedestal da Administração, é então concebido como sujeito, capaz de desenvolver esquemas de coadministração, por meio “do envolvimento das comunidades de referência em que a unidade administrativa atua”.<sup>3</sup> (GONÇALVES, 2013, p. 162)

Ao abordar as transformações do serviço público, Vital Moreira (2003, p. 237) afirma que, nas novas noções das funções administrativas, ao poder público é colocado o dever de assegurar que determinadas prestações essenciais sejam garantidas a toda a coletividade, mas sem que seja necessário que o Estado fique encarregado de executar diretamente a totalidade desses serviços ao público, podendo-se limitar a cuidar que sejam adequadamente prestados pelas pessoas não pertencentes à estrutura burocrática tradicional da administração pública. Ainda, a mudança de paradigma na juspublicística, que atingiu a própria definição das tarefas do Estado e da gestão pública, acabou por incrementar a utilização de instrumentos de direito privado e de ajuste público-privado, sob uma ótica direcionada à colaboração. (MOREIRA, 2003, p. 238-239)

É possível dizer que as concepções trazidas pelo direito público mais recente possuem uma capacidade provocativa à semântica normativa da própria estrutura do Estado Constitucional e do direito administrativo tradicional: com efeito, a referência à modernização da administração pública traz consigo a noção de reforma do Estado.<sup>4</sup> (CANOTILHO, 2001, p. 707-708)

---

<sup>3</sup> Nas palavras de Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999, p. 29): “a consciência de que na esfera pública não-estatal não só se produzem bens ou serviços, mas sim que se defendem valores coletivos, obrigaria a recriar os cidadãos, como corpo político para o exercício do controle social. Obrigaria ainda a considerar que o exercício da cidadania exige fortalecer também as instituições políticas clássicas. Se sob esta perspectiva se concorda que a sociedade governa a si mesma através de um Estado democrático, a reforma nesta direção é um propósito relevante para o próprio fortalecimento da esfera pública não-estatal. Esta, no século XXI não só necessitará do apoio financeiro do Estado. Exigirá também um sistema de autoridade política plural para assegurar a governabilidade democrática”.

<sup>4</sup> Canotilho (2001, p. 708) ressalta que a ciência do direito, por vezes, busca desenvolver conceitos globais e universalizantes aptos a fornecer molduras teóricas de justificação dos novos gêneros de estatalidade e dos fluxos modernizadores da administração pública. O grande problema nesse entendimento, para o autor português, é que a preocupação demasiada com os conceitos e não com os problemas concretos que a realidade apresenta não atenta para a necessidade de se aperfeiçoar os momentos procedimentais para sua adequada solução.

O Estado se torna mais democrático à proporção que mais cidadãos tenham acesso a saberes e competências. Nessa noção, “o Estado constitucional soberano deve ser menos soberano e mais sabedor, menos centro do poder e mais regulador, menos autoritário e mais supervisor, menos herói e mais inteligente”. (CANOTILHO, 2001, p. 711)

Canotilho (2001, p. 715) ainda considera que a percepção da inadequação atual de um modelo tradicionalista de Estado e de administração levou à atual discussão acerca das tarefas do Estado e dos modos de realizá-las, no sentido de superação de determinados dogmas que não mais são aptos a responder às demandas trazidas na contemporaneidade. Entre esses dogmas, destaca-se o da separação entre Estado e sociedade, como se o Estado fosse composto de um inerente conteúdo, com procedimentos internos estranhos ao controle da sociedade. E, também, há a clássica noção de que o desenvolvimento das funções administrativas deveria se dar a partir de uma centralização burocrática estanque no aparelho estatal, a qual raciocinaria por chaves clássicas de *interesse público supremo* ou *invisíveis interesses da administração*, indiferente aos próprios direitos e interesses dos particulares.<sup>5</sup>

Assim, a dominância dos modelos teórico-práticos do Estado Social durante o século XX traduzia uma pretensão de garantir os direitos sociais a partir de um instrumental tipicamente burocrático determinado por uma sistemática formal e impessoal. (BRESSER-PEREIRA; CUNILL GRAU, 1999, p. 16)

A crise desse modelo de Estado, iniciada na década de 1970 (BRESSER-PEREIRA; CUNILL GRAU, 1999, p. 16), tornou clara a imprescindibilidade de molduras mais eficientes para a concretização das funções públicas constitucionalmente garantidas. Conforme expressam Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999, p. 20-21):

Trata-se, em suma, de abrir a problematização sobre a institucionalidade que pode favorecer a satisfação de necessidades públicas a partir da sociedade, assim como pressionar a partir dela para que a esfera pública

---

<sup>5</sup> Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999, p. 25) apregoam que o interesse público não existe de modo absoluto, autoritário. Sua existência se dá de forma relativa, por intermédio do consenso acerca do que se constitui um ideal comum. Desse modo, a sociedade e a constituição de um consenso republicano e democrático sobre o interesse público emergem da racionalidade substantiva, orientada para fins, e não em filtros de razão instrumental.

estatal se faça real e efetivamente pública, ou seja, esteja aberta à participação de todos e possa assim regular adequadamente os centros de poder social e econômico, respeitando concomitantemente os espaços de liberdade que são crescentemente reclamados. De fato, constituir círculos virtuosos entre o Estado, o mercado e a sociedade civil, em vez de atribuir-lhes virtudes (ou defeitos) imanentes a alguns deles, supõe entre outras questões repensar a própria noção do público e distingui-lo tanto do estatal como do corporativo.

A década de 1990 catalisou uma perspectiva renovada na sociedade civil a partir da progressiva e necessária tendência para a democracia, a qual abre espaço para entidades não estatais preencherem as lacunas nos serviços sociais, por meio de ajustes estruturais criados pelas reformas administrativas nos países em desenvolvimento. (GHAUS-PASHA, 2006, p. 205)

Destarte, os novos paradigmas administrativistas defendem, *mas não somente*, a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, enquanto um dos núcleos do ordenamento, o que altera a própria função administrativa, que se afasta da orientação estreita de submissão a um interesse público abstrato (JUSTEN FILHO, 2015, p. 95), para englobar, inclusive, a participação conjunta de particulares e do Poder Público para a observância efetiva dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Para tanto, a juspublicística não deve, conforme assevera Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 34), permanecer restrita a concepções genéricas e estáticas de outrora, mas investigar as minúcias normativas, técnicas e econômicas de cada setor objeto do estudo, num exercício contínuo de atualização.

## 2.2 A ASSUNÇÃO DO TERCEIRO SETOR, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E EFICIÊNCIA

Antes de se adentrar numa síntese do direito à saúde delineado constitucionalmente e na possibilidade de ajuste entre o Estado e as organizações

---

<sup>6</sup> Então, tomando a mesma posição, Binbenojm (2006, p. 96) compreende não ser possível defender-se o princípio da supremacia do interesse público como fruto das normas dispostas na Constituição Federal, uma vez que a própria Lei Fundamental reserva considerável proteção aos interesses privados, os quais a Administração deve observar. A atuação desta fundamentar-se-ia no próprio regime imposto pela Constituição, porquanto normativa básica do sistema democrático e de direitos fundamentais. (BINENBOJM, 2006, p. 26)

sociais para prestação de serviços atinentes a essa área, foco deste trabalho, tece-se uma breve análise sobre como os novos paradigmas ensejaram o desenvolvimento do chamado Terceiro Setor.

De fato, o Poder Público não possui, em sua estrutura clássica estatal, as condições para concretizar atualmente todas as necessidades gerais, de modo que sua atuação vai sendo substituída por entidades privadas sem fins lucrativos - o chamado Terceiro Setor. O progressivo crescimento da quantidade dessas organizações amplia os limites tradicionais do direito público, os quais influem e restringem a autonomia privada própria de pessoas particulares. O que não significa dizer, entretanto, que haja uma coincidência exata entre os regimes jurídicos entre entes estatais e não-estatais.<sup>7</sup> (JUSTEN FILHO, 2015, p. 93-94)

Costa Gonçalves (2013, p. 166-167) aduz que a colaboração e as parcerias entre os setores público e privado, combinando recursos, responsabilidades e esforços de ambos para a realização de objetivos públicos, não devem levar a uma compreensão de que o setor privado seria naturalmente apto ao atingimento de interesses tidos como públicos. Se por um lado é absolutamente equivocado se afirmar que só a administração pública seria legitimada para concretizar interesses públicos, por outro lado também é um erro supor-se que o setor privado aja apenas de forma desinteressada. Com efeito, a grande percepção dos novos tempos é a de que o chamado Terceiro Setor pode estabelecer interconexões e entrelaçamentos entre os interesses público e privado para a realização de atividades plenamente necessárias em determinado contexto social (GONÇALVES, 2013, p. 168), pautando-se por diretrizes jusfundamentais e de eficiência.

---

<sup>7</sup> Costa Gonçalves (2013, p. 154) refere-se ao surgimento, na década de 1980, de conceitos que levam em conta, progressivamente, as noções de autonomia da gestão pública. Dentre essas noções surgidas no quartel final do século passado, estão a de *new public governance* e *new public management*, cujo corolário mais representativo é o da estruturação de uma modernização da administração pública com a aplicação de modelos de gestão próprios do mercado, após a constatação de um generalizado e preocupante incremento dos déficits públicos e, também, do grau de ineficiência do setor público. Segundo o citado autor, as ideias do *new public management* enfocam na realização de objetivos estabelecidos a partir de critérios de economia, de eficácia e de eficiência da ação administrativa, de maneira que o Estado oriente-se, em alguma medida, por meio de uma racionalidade econômica, adequando necessariamente meios mobilizados e produção de resultados, e incentivando, inclusive, a parceria do setor público com o setor privado para a consecução de tarefas executadas precipuamente pela administração. (GONÇALVES, 2013, p. 154-155)

Fernando Mânica explica a difusão do conceito de *Terceiro Setor* como uma referência, propagada na década de 1970 do século passado, utilizada pelas ciências humanas para as organizações formadas pela sociedade civil que buscariam satisfazer determinado interesse social distinto de finalidades lucrativas (MÂNICA, 2006, p.17). O autor descreve que o *Handbook on Nonprofit Institutions in the System of National Accounts* (resultado de esforços definidores da Organização das Nações Unidas e da Universidade John Hopkins), determina que seriam necessárias para a identificação das entidades integrantes desse *Terceiro Setor* as seguintes características: natureza privada, ausência de finalidade lucrativa, institucionalidade, auto-administração e voluntariedade. Assim, seriam consideradas entidades dessa natureza apenas aquelas que atendessem a formalidades em sua formação, e que não pertencessem à estrutura própria do Estado ou do mercado. (MÂNICA, 2006, p. 18-19)

Nada obstante, o autor alerta que nem todos os entes sem fins lucrativos podem ser colocadas na categoria de Terceiro Setor, uma vez que, adotada referida classificação tão abrangente, não incidiria um regime jurídico específico a essas entidades (MÂNICA, 2006, p. 20). Dessa forma, seria necessária a presença de uma finalidade coletiva, não restrita aos seus associados, que correspondesse a determinado interesse geral perseguido socialmente (MÂNICA, 2006, p. 21-22)

Como esforço de conceitualização, destarte, Mânica (2006, p. 26) delinea o Terceiro Setor como sendo “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público”. Com efeito, referido setor consiste em um dos vetores que desenvolvem a aplicação de mecanismos de consenso na Administração, segundo se refere Fernando Dias Menezes de Almeida. (2012, p. 347)

Gustavo Justino de Oliveira entende normativamente o Terceiro Setor, enquanto decorrência das políticas reformistas da administração pública, como

o ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas

(mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado). (OLIVEIRA, 2006, p. 101-102)

Com efeito, o autor pondera que a ascensão do Terceiro Setor está imersa num cenário de incentivo de corresponsabilização dos entes não estatais para o desenvolvimento de atividades socialmente relevantes, ainda que não se possa dizer que o Estado tenha abandonado sua responsabilidade na execução de serviços e ações de interesse público.<sup>8</sup> (OLIVEIRA, 2006, p. 104)

Igualmente, a exigibilidade de eficiência na Administração induz que o Poder Público busque novas formas de execução de serviços e ações relevantes para a concretização de direitos fundamentais, não podendo reproduzir formas antigas acerca das quais a experiência demonstra uma progressiva superação. Nessa medida, a parceria com o setor privado ocupa uma posição cada vez mais de destaque, não sendo um modelo teórico e dogmático contraditório ao delineamento determinado pela Constituição no tocante à prestação de serviços de saúde. As colaborações consistem, ao contrário, em novos formatos desenvolvidos pelo direito administrativo a partir de uma noção que enfatiza a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais “por meio de prestações diretas, efetivas e individualizadas - como é o caso específico dos serviços de saúde”. (MÂNICA, 2010, p. 47)

E para a concretização dos direitos fundamentais, considerável parte da literatura administrativista assume a possibilidade da progressiva utilização de “módulos convencionais”, isto é, de acordos, entre o Poder Público e os particulares. Fernando Dias de Almeida (2012, p. 348) destaca que os consensos

---

<sup>8</sup> Também sob a compreensão de que os paradigmas de Estado são funcionalmente dinâmicos e que se transformaram em relação àquele “Estado-administrado”, que desenha um pedestal à administração pública - entendida em suas noções tradicionalistas -, Justino de Oliveira (2006, p. 109) remarca a sedimentação e fortalecimento da negociação e de acordos entre particulares e a esfera estatal. Citando Cassese (2003, p. 159), a assunção de um paradigma multipolar, sem a superioridade *a priori* de um momento público sobre o privado, ensejaria uma complementaridade de um Estado contratual e de um Estado financiador, a partir da qual se incrementaria a atividade negocial entre a administração pública e os entes privados e se abrandaria as premissas de autoridade (OLIVEIRA, 2006, p. 110). A face contratual, nesse aspecto, ultrapassaria os limites das relações estritamente econômicas para alcançar serviços sociais não lucrativos ou atividades de interesse público prestadas por organizações particulares sem fins econômicos, enquanto a expressão financiadora abarcaria a vocação do Estado de agente financiador e fomentador de atividades teleologicamente orientadas a transformações sociais. (OLIVEIRA, 2006, p. 110-111)

possuem vantagens que devem ser, de fato, reconhecidas: vão-se as práticas autoritárias para serem introduzidos meios mais democráticos de participação dos titulares de direitos nas medidas do Estado (tanto na elaboração, quanto no controle), podendo-se gerar maior possibilidade de eficiência e boa governança.<sup>9</sup>

Di Pietro (2002, p. 34), em clássica obra, menciona que a parceria, em seu sentido amplo, possui os propósitos (em tese) de (a) diminuição do tamanho do aparato estatal, já que delega ao setor privado atividades desempenhadas pelo Estado, com a conseqüente extinção da estrutura subjetiva da Administração, (b) fomento à iniciativa privada, quando esta é insuficiente, de modo a auxiliá-la na consecução de atividades de relevância pública, e (c) eficiência, na medida em que introduz procedimentos outros ao lado dos modelos tradicionais de burocracia e hierarquia.<sup>10</sup>

Nada obstante, a análise da questão deve ser desenvolvida de modo mais arguto, uma vez que, se o Estado atual possui a faculdade de buscar o aproveitamento máximo da atuação da iniciativa privada em parceria com o Poder Público, essa atuação tem de ser dada eficientemente e sem desvio. Nas palavras de Fernando Mânica (2010, p. 54), “a necessidade de flexibilidade da Administração Pública, a superação do modelo procedimental-formalista, a inevitabilidade das parcerias com o setor privado são ideias que já se encontram difundidas tanto na teoria da Administração quanto na teoria do Direito Administrativo”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Mas o mesmo autor alerta que (i) o enfraquecimento da busca da justiça em matérias de ações administrativas e (ii) a progressiva substituição da coisa pública por “formas difusas de uma cidadania privada” são riscos recorrentes aos quais as novas possibilidades de parceria entre Estado e entidades privadas devem ficar alertas. (ALMEIDA, 2012, p. 348)

<sup>10</sup> Acerca desse último item, Canotilho (s.d, p. 735) compreende que, para se alcançar a eficiência no execução de seus deveres, a administração deve comungar a legalidade com o “princípio da oportunidade”, de modo que toda ação estatal seja pautada pela busca de efetividade, mas sem se descurar das linhas básicas constitutivas do Estado de Direito. O autor português também destaca que a transferência de tarefas para entes particulares não deve ser interpretada, necessariamente, como um afastamento da responsabilidade estatal de concretização de direitos, não se tratando, assim, de uma precarização do Estado Social em prol de poderes autorregulatórios provindos do mercado. (CANOTILHO, s.d, p. 354)

<sup>11</sup> Para Ricardo Corrêa Coelho (2009, p. 73), ao gestor público está o desafio de criar e recriar, de modo contínuo, os instrumentos adequados para garantir um adequado balanço entre os princípios opostos existentes na sociedade, a fim de maximizar o bem-estar coletivo e assegurar a liberdade e autonomia dos cidadãos, e segundo os princípios constitucionais da administração pública. Aisha Ghaus-Pasha (2006, p. 203-204) entende que o esforço em se atingir os alvos dos índices de desenvolvimento sociais e econômicos, mormente nos chamados países em desenvolvimento, entre

Discorrendo sobre o novo papel ocupado pelo espaço exterior ao aparato próprio do Estado e do mercado, Ghaus-Pasha (2006, p. 206) considera que o chamado Terceiro Setor consiste potencialmente numa influência positiva entre os clássicos setor público e privado, pois a seria a sociedade civil, de fato, um relevante agente na tentativa de promoção de boas práticas de governo e gestão, em especial nos âmbitos da transparência, eficiência, abertura e responsabilização.

Por conseguinte, não devendo ser a prestação de bens e serviços de interesse público, na prática, um monopólio do Estado ou do mercado - a partir da aceção de que ambos setores possuem limites estruturais e funcionais - Bresser-Pereira e Cunill Grau assinalam (1999, p. 36) três potenciais vantagens que o Terceiro Setor enseja: pluralização da oferta de serviços sociais, flexibilização e desburocratização da gestão social e responsabilidade direta dos dirigentes e participantes pela organização das atividades prestadas.<sup>12</sup>

Paulo Modesto afirma que, na atualidade, a reforma da organização administrativa do Estado não consiste unicamente em uma questão de modificação institucional da própria estrutura do Poder Público (“reforma orgânica”), sendo, igualmente, uma renovação nas formas de sua interação com outros atores, mormente os privados, ampliando-se a organização administrativa por intermédio da instituição de novas formas de parceria do Estado com a sociedade civil, tais quais as parcerias sociais instrumentalizadas em contratos de gestão com organizações sociais. (MODESTO, 2011, p. 4)

Ainda segundo o autor:

Para essas entidades o direito administrativo pode e deve ser invocado parcialmente pela expressiva presença do interesse público, seja pelo fato de a atividade referida encerrar a aplicação vinculada de recursos públicos, seja pela notória relevância pública da atividade desenvolvida ou ainda por manter a atividade estreitos vínculos com a proteção de direitos fundamentais do

---

os quais o Brasil se inclui, deve necessariamente combinar os trabalhos dos governos nacionais, autoridades locais, do setor privado e da sociedade civil organizada.

<sup>12</sup> Numa concepção que podemos considerar como mais idealista, fruto da data do texto, ainda nos primórdios da legislação do tema no Brasil, Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999, p. 32-33) apontam que organizações sem fins lucrativos promoveriam a vantagem de uma proteção suplementar em relação ao que seria disponibilizado tradicionalmente pelo Estado e pelo mercado, se constatados (i) o compromisso legal das entidades do Terceiro Setor a direcionar seus recursos inteiramente à prestação de determinado serviço e o (ii) compromisso ideológico que vincularia os membros dos referidos entes. De fato, a relevância presente nesse contexto seria ampliável a todas as atividades profissionais dedicadas a esses entes, tal qual a tutela à saúde.

cidadão e com deveres de garantia do próprio Estado. (MODESTO, 2011, p. 7)

Segundo Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999, p. 37), “o setor público não-estatal não só aumenta as possibilidades de introduzir a diversidade nas formas de produção social, como ele mesmo está marcado por ela”, de modo ser preciso averiguar as distinções presentes na temática do Terceiro Setor, as quais podem, inclusive, influenciar as políticas a respeito de seu desenvolvimento, os modos de execução das atividades, os ajustes a serem fixados e os regimes jurídicos incidentes.<sup>13</sup>

### 2.3 REGIME CONSTITUCIONAL-LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE

O primeiro passo nessa seção é definir, sinteticamente, os conteúdos constitucional e legal do direito à saúde. A Constituição Federal elenca a saúde como direito social em seu art. 6º<sup>14</sup> e, em seu art. 196<sup>15</sup>, estabelece quem são os titulares - todos - e quem é o destinatário - o Estado.

Na nossa ordem jurídico-constitucional, a saúde compartilha, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, uma fundamentalidade formal e outra material, sendo que a tutela da saúde possui uma série de interconexões com a proteção de outros bens fundamentais, “apresentando zonas de convergência e mesmo de superposição em relação a outros bens (direitos e deveres) que também constituem objeto de proteção constitucional”.<sup>16</sup> (SARLET, 2013, p. 4165)

---

<sup>13</sup> Para os propósitos do presente trabalho, é mister atentar-se à observação, feita pela doutrina especializada da matéria antes mesmo das leis federais atinentes ao Terceiro Setor, de que este se trata de uma seara marcada por uma patente diversidade de atores e modos de organização (CARDOSO, 1997, p. 8)

<sup>14</sup> Constituição Federal. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>15</sup> Constituição Federal. 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 para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>16</sup> Sarlet (2013, p. 4165) também rememora, nesse ponto, a cláusula de abertura constante do artigo 5º, §2º, da CF, a qual possibilita a extensão do regime jusfundamental a outros dispositivos concernentes à saúde, posto que não elencados nos artigos 5º e 6º do texto constitucional.

O texto constitucional estabelece que o direito fundamental à saúde compreende as dimensões preventiva, promocional e curativa, sendo mais apropriado, inclusive, a expressão “direito à proteção e promoção da saúde”, do que “direito à saúde”.<sup>17</sup> (SARLET, 2013, p. 4166)

Com efeito, conforme ensina Mânica (2010, p. 44), a mera consagração constitucional do direito à saúde não redundará em sua concretização efetiva: os direitos a prestações necessitam da existência de elementos objetivos para sua garantia, sob a perspectiva jurídica de mediação legislativa, e sob a ótica material em si, relativa à prestação de serviços. Com efeito, os limites de atuação do Estado, referidos nas seções precedentes desse trabalho, devem ser reconhecidos, com o propósito de que as atividades em relação às quais ele é o destinatário constitucional sejam executadas de modo eficaz e eficiente.<sup>18</sup> (MÂNICA, 2010, p. 48)

Ora, compreendido o direito administrativo como um dos meios de efetivação dos direitos constitucionais adstritos, em menor ou maior grau, ao agir do Estado, torna-se relevante o estudo de como deve se proceder a essa efetivação, partindo-se da hermenêutica dos dispositivos da Constituição e alcançando-se, necessariamente, a sua concretização no plano material. (MÂNICA, 2010, p. 15)

Para promoção do direito à saúde, o corpo normativo constitucional impôs ao Estado o planejamento de políticas públicas específicas para a área, o incentivo às atividades privadas, a regulação do setor e a prestação propriamente dita de serviços de saúde. Com o objetivo de se efetivar esse direito, a Constituição especificou que o Poder Público deve estabelecer as diretrizes da política de saúde, atribuir à lei complementar a definição de padrões mínimos de

---

<sup>17</sup> O reconhecimento da saúde como direito fundamental de todo o ser humano deu-se, conforme Rocha (2011, p. 16), com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, ocasião em que se definiu “saúde” como “completo bem estar físico, mental e social”, e não somente ausência de doença ou outros agravos. Mas não é só. O entendimento do direito à saúde deve considerar a efetiva concretização da qualidade de vida e da vida digna, pela afirmação da cidadania e pela real aplicabilidade das normas garantidoras dos direitos sociais contempladas na Constituição. (ROCHA, 2011, p. 17)

<sup>18</sup> Durante a década de 1990, parte da doutrina descreve uma queda qualitativa no planejamento em saúde, com uma nova ênfase nas questões de avaliação de produtividade e de eficiência, num cenário de restrição de recursos para as políticas públicas, com as da saúde inclusas. Nesse sentido, questionar-se-ia se o setor público deve ser eficiente ou tão somente eficaz, consistindo a eficácia na produção de saúde, com repercussão nos indicadores de saúde da população. Assim, nessa toada, a eficiência seria o meio para a viabilidade das prestações de saúde, mas nunca uma finalidade em si considerada. (CAMPOS, 2011, p. 201-202)

financiamento das ações e serviços de saúde e assumir o dever de prestação dos serviços públicos de saúde, direta ou indiretamente, *inclusive com a atuação complementar do setor privado*. (MÂNICA, 2010, p. 156-157)

Destaca-se esta última parte, avançando-se um passo no desenrolar do presente trabalho, a fim de se constatar a possibilidade da atuação do setor privado sem fins lucrativos na consecução de atividades relacionadas à saúde. A Constituição Federal regula referida temática em seus arts. 197 e 199, §1º:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.  
§1º – 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.

A abertura a possibilidades de atuação conjunta entre entes privados e o Estado para a concretização da saúde, proporcionada pela Constituição Federal, faz parte de uma nova dogmática publicística voltada para a pessoa humana e para seu bem estar físico, psíquico e moral, e não mais para um Estado autorreferente.<sup>19</sup> (CLÈVE, 2012, p. 16)

A conclusão, inferível sem necessidade de muito esforço dedutivo, é o de que a Constituição possibilita a modernização da administração pública por intermédio da coparticipação consensual da iniciativa privada no setor da saúde,<sup>20</sup> e não

---

<sup>19</sup> Conforme já referido, isso ocorre, dentre outras razões, pelos limites fáticos, especialmente orçamentários, que o Estado enfrenta progressivamente na atualidade, de modo que o alcance dos direitos fundamentais, um dos motes do moderno direito público, exige percepção aguda da realidade concreta. (BOBBIO, 1992, p. 45)

<sup>20</sup> Lenir Santos (2011, p. 81) preconiza que se deve encarar a realidade dos novos ajustes entre público e privado, uma vez que a mera demonização do privado e a crença anacrônica de que o Estado deve prescindir do privado não se sustenta. Por outro lado, deve-se pontuar também que o caminho inverso deve ser evitado, na medida em que se defender que a gestão pública é ontologicamente ineficiente não contribui faticamente para o avanço da organização da saúde. Da mesma forma, resguarda-se que não se pode afastar o Terceiro Setor das regras públicas e de suas finalidades: “urge encarar a realidade de que o público não irá prescindir do privado. Sendo assim, é necessário desenvolver mecanismos, não apenas de controle das atividades, mas que imponham rumos, diretrizes, metas e princípios públicos, e, por fim, controlá-los, sempre com a participação de uma sociedade consciente de seus direitos e com sentimento de pertencimento aos serviços públicos”. (SANTOS, 2011, p. 81-82)

apenas na gestão de determinadas unidades hospitalares, mas também na prestação de atividades de assistência à saúde (MÂNICA, 2010, p. 158).<sup>21</sup> Com efeito, a consideração de que as ações e os serviços de saúde são de “relevância pública” enfatiza o caráter indisponível do direito individual e coletivo à saúde, mas não obsta que as ações e os serviços de saúde sejam desenvolvidos e prestados pela iniciativa privada, tenha esta finalidade lucrativa ou não.<sup>22</sup> (SARLET, 2013, p. 4172)

Na ótica de Paulo Modesto (2011, p. 12), a noção de serviço de relevância pública é mais maleável do que o conceito de serviço público, na medida em que as atividades de *relevância pública* seriam aquelas caracterizadas como essenciais à comunidade, e não titularizadas pelo Poder Público, mas “cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso”.<sup>23</sup> Prossegue o autor:

Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., art. 199, 202, 204, I; 209, 216, ,1º.218, §4º, 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições “públicas não estatais” (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar

<sup>21</sup> Floriano de Azevedo afirma que os serviços de saúde podem ser prestados sob o regime público e sob o privado. Neste, o mercado atuaria predominantemente pela esfera da saúde suplementar. Mas, naquele, haveria em seu interior dois subregimes. Em um, haveria a prestação direta pelo Poder Público; em outro, ocorreria a prestação complementar por entes privados, com ou sem a finalidade lucrativa, ou seja, de forma indireta. Aqui estão insertos os serviços passíveis de delegação (segundo o §1º do art. 199 da CF). (MARQUES NETO, 2005, p. 127-128)

<sup>22</sup> Menicucci (2011, p. 188) esclarece que a reforma da política de saúde consubstanciada na criação do SUS caracterizou-se por um cenário de ruptura e de continuidade: a aprovação do projeto transformador na Constituinte, de finalidades redistributivas e igualitárias, esteve ligada à manutenção da atuação da iniciativa privada.

<sup>23</sup> Rocha (2011,p. 25) afirma que a noção de *relevância pública* expressa que as ações e serviços de saúde têm de ser exercidas, tanto pelo Poder Público quanto pelos atores privados, como atividade essencial na defesa da vida, correspondendo a uma garantia em benefício do cidadão e da cidadã.

diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos. É certo também que os serviços sociais referidos, quando desempenhadas pelo Poder Público como encargo, obrigação, submetem-se ordinariamente ao regime de direito público, quer por ser este o regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado, quer por expressa decisão legal. (MODESTO, 2011, p. 14-15)

Após esse deslinde constitucional, sobrevieram a Lei Federal nº 8.080/1990 (a Lei Orgânica da Saúde-LOS, tratando da organização e do funcionamento das ações e serviços públicos de saúde, do Sistema Único de Saúde-SUS, intitulado pela Constituição), a Lei nº 8.142/1990 (regulamentando a participação social no SUS) e a Lei nº 8.212/1991 (que trata tanto da saúde quanto da previdência social e da assistência social). Todavia, para os propósitos do presente trabalho, destacam-se as leis que oportunizaram a assunção de modalidades de participação privada no setor de saúde pública, por meio de vínculos com entidades sem fins lucrativos. O enfoque aqui, por óbvio, se restringirá à Lei Federal nº 9.637/1998, conhecida com Lei das Organizações Sociais (OS's). Outrossim foram sancionadas as Leis Federais nº 9.790/1999 (a chamada Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-Oscips)<sup>24</sup> e a Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPPs, aqui, para pessoas jurídicas com fins lucrativos).

Assim, passa-se à compreensão do regime jurídico que incide nos ajustes entre as organizações sociais e a administração pública, quando da consecução de atividades referentes à saúde.

Gustavo Justino de Oliveira (2006, p. 114-115) pontua que a submissão desses entes ao regime de direito privado necessita considerar a vocação pública das atividades desenvolvidas por eles, fator que acaba por, obrigatoriamente, condicionar o regime em que atuam. Para o referido autor, o ordenamento constitucional e legal da matéria determina a observância de determinados procedimentos e obrigações em face dessas entidades enquanto ocupantes da

---

<sup>24</sup> Rodrigo Xavier Leonardo bem proclama que o marco legal do Terceiro Setor possuiu o fito de incentivar a tomada de espaços e responsabilidades, pelas organizações civis, que, em outros tempos, eram objeto de exigência exclusiva ou Estado, conforme o modelo precípua de *Welfare State*, presente em muitos momentos e lugares da Constituição Federal. (LEONARDO, 2006, p. 168)

posição jurídica de gestoras de recursos públicos com finalidades públicas.

Com efeito, o processo de repasse de verbas públicas, por intermédio de contrato de gestão, não possui o condão de alterar a natureza do trespasse de recursos de público para privado, de forma ser imperativo afirmar-se que incide a disciplina de direito público, quando da prestação de contas aos Tribunais de Contas (conforme o parágrafo único do art. 70 da Constituição<sup>25</sup>) pelas entidades referidas. (OLIVEIRA, 2006, p. 115-116)

Para Modesto (2011, p. 11), duas seriam as condições constitucionalmente elencadas para identificação das entidades sem fins lucrativos que podem receber recursos públicos: (i) a aplicação dos excedentes financeiros na própria atividade institucional de natureza social, vedando-se a distribuição do resultado econômico-social entre diretores, conselheiros, empregados, associados, doadores ou fundadores da entidade e (ii) a destinação do patrimônio social a outra entidade de mesma natureza ou ao poder público, em caso de extinção, vedando-se, aqui, a partilha do patrimônio social.<sup>26</sup>

Dos artigos 1, 5º, 12 e 18 dispostos na Lei n 9.637/98, a consequência que segue consiste na possibilidade jurídica de o Poder Público trespassar, inclusive, a pessoas jurídicas de direito privado (consoante artigo 1º da Lei) a prestação de atividades de saúde antes executadas pela administração pública de âmbito federal. Todavia, considera Floriano de Azevedo que a retração do desempenho direto do Estado no SUS contrariaria o caráter de complementaridade disposto no §1º do art. 199 da CF, uma vez que a celebração de um contrato de gestão com uma OS

---

<sup>25</sup>Constituição. Art. 70, parágrafo único. "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".

<sup>26</sup> Ainda, Modesto considera que: "cuida a Constituição Federal de determinar a aplicação do direito público a entidades privadas sem fins de lucro em diversas outras disposições, porém com o emprego de critérios objetivos e não subjetivos. Não é a natureza jurídica da entidade privada integrante do Terceiro Setor, por exemplo, que determina a sua sujeição especial à competência dos Tribunais de Contas. Com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, que alterou a redação do parágrafo único do Art. 70, ficou explícito o dever de prestar contas de 'qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária'. É o fato objetivo da utilização de recursos públicos pela entidade de terceiro setor que atrairá a competência do Tribunal de Contas, não a sua especial caracterização subjetiva. Se não há recebimento de recurso público, direta ou indiretamente, não haverá competência fiscalizatória externa dos Tribunais de Contas sobre a entidade privada sem fins lucrativos". (MODESTO, 2011, p. 11-12)

redundaria na transferência da integralidade da atividade fim da saúde ao ente privado, inclusive de bens e recursos inerentes ao serviço, ainda que estes permaneçam como públicos.<sup>27</sup> (MARQUES NETO, 2005, p. 130-131)

Entretanto, Fernando Mânica considera que, sem embargos o texto do artigo 5º da Lei nº 9.637/98 ensejar a compreensão de que o vínculo a ser firmado com a entidade privada, denominado contrato de gestão, tenha como finalidade o fomento (além da consecução privada da referida atividade fomentada pelo Estado), na realidade *o respectivo vínculo deve ser interpretado como delegação de serviço público*, uma vez que a espécie de nexos regulada pela lei acarreta efetiva transferência de atividades qualificadas como serviço público para um ente privado sob o respectivo regime jurídico (MÂNICA, 2010, p. 241)<sup>28</sup>.

Defendendo que a caracterização do ajuste *Estado-ente privado* deva ser perquirida não em sua denominação ou em filtros desconexos do caso concreto, mas sim na típica disciplina do ajuste - na função administrativa que compõe a causa do acordo -, Mânica coloca em termos objetivos:

Não obstante, como se tem demonstrado, a saúde constitui dever do Estado e os serviços voltados à sua garantia são qualificados como serviços públicos. Assim, nos termos do entendimento ora adotado, a utilização do contrato de gestão para a prestação de tais serviços deve implicar sua concessão, com a manutenção da responsabilidade do Estado pela prestação do serviço. **Em outras palavras, a única interpretação admissível para a celebração de contratos de gestão para a prestação de serviços públicos de saúde indica que tal ajuste importa a concessão do serviço, que permanece público e sujeito à responsabilidade do Estado. Daí ter-se sustentado acima que o contrato de gestão é um mecanismo de concessão de serviços públicos de saúde.** O regime geral para disciplina do contrato de gestão previsto pela Lei nº 9.637/98 é mais adequado à contratação externa de serviços públicos de saúde (e à delegação da gestão de uma unidade pública de saúde) do que aquele previsto pela Lei nº 8.666/93, pois privilegia a negociação, a responsabilização por eventuais desvios e o controle dos

---

<sup>27</sup> Explica Coelho (2009, p. 71) que a vantagem imaginada quando da criação legal das organizações sociais consistia na maior flexibilidade e agilidade com que entidades do direito privado poderiam prestar serviços públicos. Mas igualmente lembra o autor que a flexibilização na contratação de pessoal e celebração de contratos não afastam o regime público de prestação de contas.

<sup>28</sup> E prossegue o referido autor: "(i) se as atividades fomentadas forem qualificadas pela Constituição ou pela lei como serviços públicos, e (ii) se tiverem na disciplina contratual a manutenção das características que as qualificam como tais, o incentivo mencionado terá como objeto não a prestação de serviços privados de saúde, mas a prestação de serviços públicos de saúde — o que fará do ajuste um contrato de concessão" (MÂNICA, 2010, p. 242). Nada obstante, registre-se que, na contemporaneidade, a própria noção de serviço público acaba por se relativizada, impondo à juspublicística um tratamento cuidadoso na definição de serviços dessa natureza e dos respectivos modos de ajuste de delegação.

resultados alcançados, além de fazer referência à garantia, por meio de previsão orçamentária, dos recursos necessários ao alcance das metas ou, em outras palavras, no caso ora analisado, à devida prestação dos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, subsidiariamente à Lei nº 9.637/98, no caso de tais serviços públicos, na ausência de legislação própria, deve ser aplicada a lei geral de concessões para a disciplina do ajuste. (MÂNICA, 2010, p. 246-247, grifo nosso)

Dessa forma, a natureza do ajuste, bem como do regime aplicável, variará conforme os objetivos buscados pela administração pública com o acordo com a entidade: na prestação de serviços públicos a terceiros (o Estado como usuário indireto), há contrato de delegação de serviços públicos, e, ao incentivo a atividades desempenhadas pelos particulares, alinhadas às políticas públicas administrativas, há contrato de fomento.<sup>29</sup> (MÂNICA, 2010, p. 226)

Registre-se que o vínculo disciplinado pelas novas formas de contratualização pressupõe uma fixação de medidas de uma sujeição ou de uma vantagem jurídico-pública (colocada pela lei) e não uma contraprestação patrimonial entre as partes, na dicção sinalagmática clássica contratualista do direito privado (OLIVEIRA, 2008, p. 54).

A propósito, Justino de Oliveira transcreve três critérios que possibilitam identificar os “contratos de ação pública”: acordo acerca das finalidades de determinada atividade de caráter público, fixação de cronograma de sua realização (observados os limites orçamentários) e a presença de recíprocas contribuições das partes, tendo em vista a consecução dos fins ajustados. Tais características denotariam o caráter consensual dos mais recentes contratos celebráveis entre Poder Público e particulares. (OLIVEIRA, 2008, p. 54-55)

Para fins de conclusão do presente capítulo, cite-se o alerta uma vez exposto por Oliveira (2006, p. 134), ao relatar que as principais dificuldades encontradas

---

<sup>29</sup> Esclareça-se que persiste ainda certa hesitação doutrinária no tocante a essa questão, sobretudo pelo desenvolvimento histórico dessas entidades e do tratamento que recebiam do Estado, inclusive antes da promulgação da Constituição. Com efeito, a execução de serviços de saúde por entes sem fins econômicos foi, no passado, estimulada formalmente pelo Estado, a partir de subvenções públicas. Essa histórica atuação estatal (mormente a partir da década de 1950) é compreendida como fomento a atividades privadas relevantes (MÂNICA, 2010, p. 185). Binbenojm (2016, p. 77) acredita que o marco legal das organizações sociais agrega uma estratégica combinação entre poder de polícia e fomento público. Di Pietro, a seu turno, assenta firme posição no sentido de o Terceiro Setor ser constituído como instrumento de fomento, e não de descentralização ou delegação de serviço público, na medida em que o trespasse da execução da atividade faria com que esta deixasse de ser, propriamente, serviço público. (DI PIETRO, 2002, p. 211-213)

pelos órgãos estatais nesses contratos consistiriam na ausência de (i) interesses e de investimentos aplicados para a produção de indicadores de desempenho setoriais e (ii) sistemas de controle de gestão para o aperfeiçoamento de agentes públicos responsáveis pela celebração, fiscalização e controle dos mecanismos de ajustes *Estado-entidades do Terceiro Setor*.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Crava ainda o autor: “Um novo modelo de gestão de serviços sociais ou de atividades de interesse público foi criado, razão pela qual, ao invés de se prender a controles eminentemente formalísticos - que dificilmente redundam em maior eficiência administrativa-, impõe-se traçar um novo caminho: o caminho da experimentação de novas formas de gestão pública, mais consentâneas com a postura do Estado contratual e do Estado financiador expostas nesse trabalho”. (OLIVEIRA, 2006, p. 134)

### 3 OS VINTE ANOS DE TRAJETÓRIA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

#### 3.1 O PROCESSO DE CRIAÇÃO E EXPANSÃO DAS OS'S

Nos últimos 20 anos observou-se importante debate acerca da crise fiscal do Estado, das suas limitações de financiamento de políticas públicas e das possibilidades de resposta à referida problemática.<sup>31</sup> Conforme destacam Barbosa e Elias (2010, p. 2484), esta discussão contemplou a divergência de concepções sobre padrões da atuação necessária do Estado na consecução de direitos de distintas dimensões. Determinado entendimento desse debate acabou representado, numa expressão política concreta, no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), proposto pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) do então governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). O PDRAE defendia a substituição do modelo burocrático para a chamada administração pública gerencial, apregoando um processo de publicização por intermédio de entidades do Terceiro Setor (mormente pelas OS's) em searas de prestação direta de serviços aos cidadãos. (NOGUEIRA, 2011, p. 38)

Para os objetivos traçados nesse capítulo, importa registrar que aqui se optou pela estratégia de pesquisa de estudo de casos múltiplos<sup>32</sup> a partir de revisão sistemática da literatura vinculada à apreciação crítica e à síntese da informação selecionada acerca de experiências de gestão de OS's. Realizou-se, assim, revisão integrativa da literatura científica sobre o modelo de gestão das OS's, gerando, ainda, questionamentos a serem verificadas em novas pesquisas. Ademais, aplicou-se metodologia hipotético-dedutiva, partindo-se do que já existe publicado no

---

<sup>31</sup> Falconer (1999, p. 14) assinala que os anos noventa do século passado despertaram as escolas administrativistas para o terceiro setor e para o espaço público não-estatal, renovando “uma área que alternava entre a estagnação da burocracia formal e a importação de modelos de origem empresarial”. A propósito, o mesmo autor considera que uma boa quantidade dos programas concernentes à gestão das organizações sem fins lucrativos se originou em escolas e departamentos de administração pública, num cenário possibilitado pelas mudanças paradigmáticas (colocadas no capítulo precedente desse trabalho), acarretando, inclusive, maior compreensão da natureza entre o público e o privado das OS's do que haveria com escolas tradicionalmente voltadas exclusivamente a empresas do setor privado.

<sup>32</sup> Semelhante metodologia foi adotada no artigo “Processo de criação de organizações com fins sociais: estudo de casos múltiplos em Curitiba - Paraná”, de Onozato e Teixeira (2010), *paper* ao qual aqui se referencia pelo importante estímulo dado ao presente trabalho.

ordenamento, na jurisprudência do tribunal de vértice (STF e sua decisão na ADI 1.923) e na literatura médico-jurídica brasileira, procedendo-se, quando possível, a abordagem descritivo-comparativa, conforme sugestiona Duailibe (2012, p. 19-20), a fim de que se busque informações concretas, e que a partir destas sejam constatadas semelhanças ou diferenças entre distintos modos de gestão de unidades de saúde.

Na coleta de experiências de OS's, foram priorizadas análises sobre entidades instaladas no estado de São Paulo e em sua capital, com ressalva do Serviço Social Autônomo das Associações das Pioneiras Sociais, a qual, dada seu caráter de antesignano nacional em Brasília (em 1991), merece ênfase.

A razão por tal escolha nessa pesquisa reside no fato de que, desde a previsão legal das OS's no Brasil, referido estado foi o que mais testou as parcerias entre terceiro setor e Poder Público na área da saúde. O Estado de São Paulo foi o verdadeiro desbravador dessa seara,<sup>33</sup> sendo que (a) no fim da década de 1990 o governo paulista adotou este modelo para gestão terceirizada de mais de uma dezena de hospitais na periferia da região metropolitana da capital, a qual, por sua vez, foi o primeiro Município a qualificar as OS's para operar unidades hospitalares da rede paulistana de saúde (NOGUEIRA, 2011, p. 38). Em 2009, a capital paulista já respondia por 7 das 15 OS's contratadas na esfera municipal em todo o país (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 287).

Na visão de Contreiras e Matta (2015, p. 287), tal crescimento recente - cuja magnitude pode ser verificada pela participação de OS's no orçamento dos entes que as adotam em considerável medida e por sua quantidade de trabalhadores empregados - pode ser explicado pelo afrouxamento da crítica jurídica e da resistência política (fervorosa na década de 1990) e, também, pela insolvência propiciada pela crise administrativa:

Fatores históricos ajudam a entender por que o Município de São Paulo foi um foco de reemergência das OS. A principal cidade do país já havia recorrido a parcerias com o setor privado em 1995, com o Plano de Assistência à Saúde, polêmico projeto que durou poucos anos. Além disso,

---

<sup>33</sup> Viana *et al.* (2006, p. 100) afirmam que o estado de São Paulo, graças ao seu grande desenvolvimento econômico, científico e tecnológico, se comparado com o restante do país, possui a maior concentração de investimentos em saúde, abrigando o sistema mais complexo entre todas as unidades federativas, inclusive no setor público-privado.

a cidade inevitavelmente esteve sob influência da pioneira e importante experiência com o modelo no nível estadual, que data de 1998. A intensidade do processo na capital paulista, sua especificidade legal e a importância da cidade justificam seu estudo. (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 287)

Ademais, alertam Andreazzi e Bravo (2014, p. 505) que, excetuando-se justamente São Paulo, onde a instalação das OS's é mais antiga, os impactos destas entidades na área da saúde pelo resto do país ainda se encontram pouco documentados.

A partir da experiência do Município de São Paulo, Contreiras e Matta (2015) buscam averiguar se há a preponderância do caráter político ou do caráter técnico na gestão privada por OS no SUS. Os autores defendem que, embora a Lei Municipal paulistana das OS's<sup>34</sup> (Lei Municipal nº 14.132) seja de 2006, “metade da privatização da gestão ainda é regulada por um ajuste provisório anterior, o convênio”, instrumento tecnicamente inapropriado para regular e condicionar a parceria do Poder Público com as OS's (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 285). A insistência do convênio é explicada pela praxe que a Prefeitura de São Paulo tinha de efetivar a privatização da gestão antes da Lei Municipal das OS's; todavia, a administração paulistana, não obstante afirmasse a provisoriidade dos referidos ajustes, manteve-os intactos. Apenas em dezembro de 2013, por intermédio da Portaria nº 2.373 da Secretaria Municipal de Saúde (SMS) de São Paulo, o Município reconheceu a necessidade de converter-se os convênios em contratos de gestão, prorrogando, entretanto, os convênios que expiravam no final daquele ano (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 289). Os dados levantados pelos autores, para o ano de 2010, mostram que 61% dos 936 estabelecimentos da rede municipal de saúde de São Paulo encontravam-se sob gestão privada, sendo majoritárias as OS's parceiras via convênios (36%), contra 25% de OS via contratos de gestão (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 290). Já na análise por setores, verificou-se que a gestão privatizada possuía 72% da atenção básica, 59% dos hospitais, 40% dos

---

<sup>34</sup> Embora o enfoque do presente trabalho gravite pela Lei Federal nº 9.637/98, deve-se esclarecer que alguns entes federativos editaram nos anos seguintes a 1998 suas próprias leis de OS, baseando-se preeminentemente na Lei Federal, mas de forma heterogênea, e prevendo novos procedimentos específicos, tais quais procedimentos seletivos para as entidades ou comissões de acompanhamento externo. (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 286)

ambulatoriais especializados e 1% do restante da rede<sup>35</sup> (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 290). Registre-se, ainda, que a progressiva participação da gestão privada por OS's no orçamento de saúde atingiu 44% do total em 2012, sendo 23,7% para OS's via contrato de gestão e 20,3% para OS's via ajustes tecnicamente inadequados (convênios), sendo que as OS's por contratos de gestão apenas superaram o percentual de OS-convênios em 2010.<sup>36</sup> (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 290)

De acordo com estudos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), com dados de 2009 (GRAEF; SALGADO, 2012 apud CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 286) (ou seja, mais de uma década após a sanção da Lei 9.637/98), a área da saúde consistiu no setor protagonista de aplicação legal do modelo de OS's (95% das leis). No referido estudo, verificou-se a criação de 15 leis estaduais e 41 municipais. Nada obstante, o número de OS's efetivamente contratadas não era grande: 6 em âmbito federal, 28 no estadual e 15 no municipal. Na visão de Contreiras e Matta (2015, p. 286), esses números indicam que, se comparada a estratégia de instalação de OS's em relação a outras medidas do PDRAE realmente praticadas, a tentativa de consolidação do Terceiro Setor para serviços de saúde ainda não se encontra efetivada enquanto diretriz nacional. O motivo principal para tanto, na visão dos mesmos autores, consiste no fato de que a década de 1990 observou uma agenda verdadeiramente alternativa ao PDRAE no campo de políticas públicas de saúde: a assim chamada reforma sanitária, com a institucionalização e expansão da rede assistencial do então recentemente criado Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>37</sup> (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 286)

---

<sup>35</sup> Ainda segundo Contreiras e Mattos (2015, p. 290), outra característica experimentada pelos ajustes entre o poder público paulistano e as OS's corresponde à mudança do vínculo do trabalhador. Entre 2004 e 2012, houve aumento do número de empregados vinculados à SMS na proporção de 68%. No entanto, à medida que o número de servidores ou empregados das autarquias permaneceu estável, a quantidade de contratados por OS's cresceu 375%, correspondendo, então, a 48% do total.

<sup>36</sup> Pahim (2009, p. 39), em tese acerca das OS's do Estado de São Paulo, averiguou a utilização do convênio com entidades que não puderam ser qualificadas como OS's por falta de algum requisito determinado pela lei estadual paulista das OS's (Lei Complementar nº 846/98) – tal qual a presença de membros da comunidade no Conselho de Administração –, cuja observância demandaria complexas mudanças no estatuto dessas entidades.

<sup>37</sup> Para uma síntese acerca da história e dos avanços do SUS, conferir “O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios”. (PAIM *et al.*, 2011)

Donadone (2014, p. 80), também investigando as experiências de OS's no estado de São Paulo, anota que o processo de seleção<sup>38</sup> da organização é absolutamente essencial, uma vez que a entidade escolhida deverá se responsabilizar, num período quinquenal, pela gestão de determinado hospital. Todavia, o autor constata que o processo decisório em favor de determinada OS recai sobre o Secretário de Saúde do Estado, ainda que exista a necessidade de emissão de parecer pela Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde (CGCSS). Destaca-se que, na prática de delegação dos serviços ao Terceiro Setor, é comum manifestação de apenas uma OS pela gestão do hospital. Outrossim, Donadone (2014, p. 80) pontua que as OS's são levadas a se organizarem para pleitear assuntos de seus interesses, tais quais os prestadores privados do SUS: na pesquisa ora referenciada, obteve-se declaração de representante de determinada organização no sentido de que as entidades seriam, em realidade, assediadas para se qualificarem como OS, porquanto seria interesse do governo estadual o gerenciamento dos hospitais pelo Terceiro Setor. (DONADONE, 2014, p. 80)

Desde a origem das entidades do Terceiro Setor, Donadone (2014, p. 87) assinala que seus fins e sua composição não se modificaram no tempo nem mesmo pela qualificação como OS's de saúde, em cuja gestão estão envolvidas entidades religiosas, profissionais da saúde, da educação e até mesmo da construção civil. Todavia, esclarece o autor que a classe médica é mais efetiva, sobretudo se observarmos os cargos diretores, mesmo que transitórios. Tal fator, com efeito, acaba por ensejar maior legitimação das organizações sociais na saúde.

---

<sup>38</sup> Em síntese, para uma entidade que possua interesse em se tornar OS e gerenciar um hospital há condicionantes legais a serem observados: reforma do Estatuto Social para introdução do Conselho de Administração com membros da comunidade com ilibado desempenho ético e profissional, entre outros aspectos. Seguidamente, o secretário de saúde edita a resolução pertinente e a respectiva publicação no Diário Oficial da Convocação Pública, oportunidade na qual expressa a disponibilidade de uma unidade de saúde ser gerida por uma OS, convidando as interessadas a manifestarem-se. Demonstrada a intenção da OS na gestão do hospital, há 5 dias úteis para a entidade apresentar um plano operacional. No ato de convocação, expõe-se um modelo do contrato de gestão. (DONADONE, 2014, p. 78-80)

### 3.2 RESISTÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

O quadro de determinadas experiências de OS's no campo da saúde apresentado *supra* foi permeado, na esfera teórico-dogmática, por posições numerosamente contrárias ao modelo construído e previsto na Lei nº 9.637/98. Pelos propósitos de correção e integridade, colaciona-se aqui algumas dessas críticas, com a finalidade de que se tenha uma visão amplificada do todo da problemática descrita no presente trabalho, em especial referente ao caminho que as entidades do Terceiro Setor tiveram de enfrentar nas duas décadas de OS's aqui sumarizadas. Antecipe-se, em vistas disso, que as avaliações a seguir mostradas não são por nós necessariamente compartilhadas, servindo, antes, como contraponto ao conteúdo delineado no capítulo precedente acerca dos paradigmas contemporâneos do direito administrativo.

Realizada essa ressalva, perceber-se-á, em síntese, cinco espécies reiteradas de críticas desenvolvidas pelos movimentos contrários ao modelo e/ou à prática das OS's observados no Brasil desde o final da década de 1990. As OS's, na saúde, representariam, (i) o retraimento da ação estatal e a privatização dos serviços públicos de saúde; (ii) uma política desenhada por organismos internacionais de poder, mormente o Banco Mundial; (iii) um modo de se atenuar ou mesmo de se evitar o controle, a fiscalização e a transparência na gestão de bens públicos de saúde; (iv) o ensejo à falta de equidade e igualdade na prestação de serviços públicos à população, pois certos grupos (sobretudo políticos) seriam favorecidos no atendimento; e (v) a flexibilização e precarização do trabalho do *staff* das OS's.

Nesse entendimento, Menicucci (2003, p. 49-50) afirma que as conjunturas de reforma presentes na década de 1990 tenderam a legitimar o percurso histórico da política de saúde brasileira, uma vez que os princípios norteadores do SUS acabaram por perder a força aglutinadora havida quando da redemocratização e do movimento sanitário na Constituinte. Por conseguinte, na visão da autora, os movimentos de assunção do setor privado na prestação de serviços públicos ensejariam a segmentação de clientela, com a focalização aos mais pobres,

privatização do sistema e retraimento da ação estatal,<sup>39</sup> aprofundando a dualidade do sistema de saúde pátrio e a separação entre provisão e financiamento, características representativas de um ideário conservador que teria dominado o país na década de 1990, alinhado a propostas de retardamento de políticas sociais.<sup>40</sup>

Outrossim, Donadone (2014, p. 76) reconhece que a publicização - bem representado pelo advento do Terceiro Setor - levaria à diminuição dos custos das atividades de relevante interesse público, angariada, entretanto, não pela maior eficiência das organizações prestadoras dos serviços públicos, mas antes por sua precarização, focalização e localização, com a decorrente perda do caráter de universalidade, de não-contratualidade e de direito do cidadão, afastando-se a responsabilidade do capital. Donadone (2014, p. 88), da mesma forma, cita que as modalidades de parceria com o setor privado oportunizariam o direcionamento das políticas de saúde em prol de específicas organizações particulares, fraudes e malversação de verbas públicas do SUS.

Andreazzi e Bravo (2014, p. 512) entendem que as OS's responderiam aos ditames do ajuste fiscal determinado pela agenda de atores internacionais, no sentido de flexibilização e interrupção da prestação dos serviços de saúde, na medida em que seriam priorizadas as transferências de recursos públicos para entes de direito privado, em vez de consolidar a administração direta. Referidas autoras compreendem, igualmente, que as OS's podem servir, na atualidade, para satisfazer aos interesses do sistema médico-industrial-farmacêutico, facilitando a manutenção e o fortalecimento de setores de poder favoráveis a esta política de enfraquecimento

---

<sup>39</sup> Corroborando essa noção, tem-se Muniz e Brotto (2016, p. 161).

<sup>40</sup> Rizzotto e Campos (2016, p. 271), a seu turno, aduzem que os governos brasileiros pós-SUS teriam demonstrado grande generosidade com o setor privado, mas grande negligência com o SUS, possibilitando continuamente a privatização e induzindo a população ao consumo de planos de saúde com parca cobertura, como um suposto projeto "neoliberal" apoiado pelo setor privado, integrado por donos e diretores de hospitais (particulares, filantrópicos e beneficentes), indústrias farmacêuticas e de equipamentos nacionais e internacionais, e organizados na Federação Brasileira dos Hospitais (FBH), na Confederação das Misericórdias do Brasil, na Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge), e no Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (Sinamge), aliados ao governo e à burocracia estatal. (CORREIA, 2007, p. 6-7)

do sistema público,<sup>41</sup> demonstrando não uma superação da administração burocrática, mas um retorno às práticas patrimonialistas:<sup>42</sup>

Em que medida as OS's se limitariam a ser parte de uma esfera quase pública, ou seja, se enquadrariam como terceiro setor, nem estado nem mercado? No estado de São Paulo, de acordo com o Relatório da CPI da Assembleia Legislativa (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2008), anteriormente mencionado, constatou-se que sob o guarda-chuva do estatuto jurídico de organização sem fins lucrativos, exigência da legislação para ser certificada pelo Estado, abriga-se uma intensa contratação de serviços específicos para empresas lucrativas: o relatório se refere a 'quarteirização' e até 'quinteirização' dos serviços prestados. [...]

Ao terem a permissão de contratar todo tipo de serviços, sem controle público, o que ocorre é que empresas que prestam serviços hospitalares são convidadas a atuar dentro dos hospitais públicos e subcontratam outras.[...]

Os relatórios concluem pela manutenção e amplificação das práticas de extração de rendas por parte dos agentes estatais contratantes das OS's: gerando todo tipo de favorecimentos, acordos e – por que não? – relações com partidos e parlamentares, financiamento de campanhas, entre outros.<sup>43</sup> (ANDREAZZI; BRAVO, 2014, p. 506-507)

Em outra crítica acerca das funções das OS's nos serviços sociais, Violin (2010, p. 29) afirma que mencionadas organizações possuiriam como real objetivo a fuga do regime jurídico de direito público, de modo que as reformas presentes no setor seriam chaves de ampliação da acumulação capitalista. Ademais, a implementação da chamada administração pública gerencial não teria gerado eficiência<sup>44</sup> (um dos corolários das reformas da década de 1990), mas sim

<sup>41</sup> A precarização do sistema público seria, na visão de Almeida (2006, p. 50), interesse indubitável da "ofensiva neoliberal" de uma ideologia de Estado mínimo.

<sup>42</sup> Almeida (2006, p. 55) confirma tal entendimento, ao se referir a casos de políticos parlamentares que teriam utilizado sua influência junto a OS's das Pioneiras Sociais para fins clientelistas.

<sup>43</sup> Ainda segundo as autoras, exemplo concreto de tal estratégia seria visível quando, no final de 2010, o Plenário da Assembleia Legislativa de São Paulo aprovou o projeto de Lei Complementar n. 45/2010, do Executivo, agora lei complementar n. 1.131, de 27/12/2010, e regulamentada pelo então governador Geraldo Alckmin mediante o decreto n. 57.108/2011, alterando a regulamentação das OS's, às quais seria permitida a utilização de até 25% de sua capacidade instalada para o atendimento de pacientes privados com ou sem plano de saúde, de modo que o investimento realizado com recursos públicos advindos de impostos seria disponibilizado de forma não igualitária, ao admitir uma entrada distinta para aqueles que possuísem fontes de financiamento privadas (ANDREAZZI; BRAVO, 2014, p. 507-508), acarretando maior desigualdade quanto ao acesso aos serviços e à integridade da proteção à saúde. (HEIMANN *et al.*, 2011, p. 208)

<sup>44</sup> Bandeira de Mello (2015, p. 227-228) proclama que as OS's, assim como outras entidades do Terceiro Setor, seriam expressões de um movimento que pretenderia a submersão do Estado Social, enquanto representante de um intervencionismo exacerbado e economicamente inviável. Todavia, o autor também discorda deste pensamento, ao avaliar que não se demonstrou, efetivamente, que a reforma administrativa e a assunção do Terceiro Setor levaram a uma melhoria da capacidade do Estado de atender aos direitos sociais e aos de cidadania.

aumentado o patrimônio de restritos grupos particulares, num contexto em que não se presenciou a transição da administração patrimonialista para a burocrática de matriz weberiana: as supostas soluções gerencialistas às falhas do Estado não teriam um parâmetro efetivo de mudança, de modo que a desburocratização levaria a um retrocesso patrimonialista, não admitido pela Constituição Federal (VIOLIN, 2010, p. 54). Para o autor, não haveria comprovação de que uma redefinição das funções do Estado proporcionaria o melhor atendimento das demandas sociais e de cidadania. (VIOLIN, 2010, p. 75)

Na compreensão de Morettini e Shier (2016, p. 381), a crise do modelo de prestação direta de serviços públicos não poderia ser solucionada pela expansão de OS's, se percebida a vulnerabilidade do Terceiro Setor em relação a grupos de interesse e da possibilidade de seu uso político. Ainda que fosse defendida a necessidade de ampliação do controle social dessas organizações, os autores afirmam que as OS's desagregariam a continuidade de políticas públicas setoriais planejadas pelo Estado. Concluem que o Terceiro Setor, e, em especial, as OS's, seriam fruto de uma teorização "neoliberal" errônea do princípio de subsidiariedade - teorização esta que entenderia que a atividade estatal direta e a colaboracional privada seriam mutuamente excludentes -, de modo que, na hermenêutica dos autores, seria inconstitucional, por exemplo, a extinção de órgãos públicos atuantes nas atividades elencadas na Lei nº 9.637/98 e sua substituição pelas OS's. (MORETTINI; SCHIER, 2016, p. 383)

Rocha (2003, p. 116), denunciando o que considera um desrespeito ao princípio da isonomia na qualificação das OS's, aduz que não haveria nenhuma razão, caso a entidade preenchesse os requisitos estabelecidos na Lei, para uma negativa à mencionada qualificação, vez que esta consistiria em procedimento técnico, numa habilitação necessária dos interessados em contratar com o Poder Público, não podendo haver, nesse âmbito, grande amplitude de discricionariedade, fator que levaria à inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> **Lei nº 9.637/98. Art. 2º** São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

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 reforma do Estado brasileiro presente na década de 1990 seria então, na realidade, uma “contrarreforma” à reforma sanitária que instituiu o SUS, após a redemocratização em 1988; esta contrarreforma teria negado o obrigatório papel redistribuidor do Estado, deslocando políticas sociais para a sociedade civil e gerando o descrédito da burocracia estatal, avaliada como ineficiente, ainda que referido processo tenha sido liderado por grupos de “tecnoburocratas do Estado aliados do grande capital brasileiro e internacional”. (SOARES *et al.*, 2016, p. 832)

Em análise acerca da privatização da gestão do sistema municipal de saúde de São Paulo, chegou-se à conclusão de que 5 das 10 maiores empresas brasileiras da área de serviços médicos faziam parte das OS's contratadas pela prefeitura paulistana, o que denotaria o caráter econômico do Terceiro Setor, na medida em que, se não este poderia gerar lucros diretamente (tal qual uma empresa), geraria, ainda assim, receitas, superávit, expansão, concentração, e poder. (SOARES *et al.*, 2016, p. 840)

Em relação à existência de uma suposta agenda internacional a ditar os rumos da prestação de serviços de saúde no Brasil, diversos autores têm, nesses 20 anos de previsão legal de OS's no ordenamento jurídico pátrio, denunciado o que consideram uma corrosiva influência do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Correia (2007, p. 4-5), nesse sentido, afirma que os referidos organismos internacionais impuseram ajustes estruturais no contexto de reforma do Estado,<sup>46</sup> demandando da política de saúde brasileira “o rompimento com o caráter universal do sistema público de saúde, focalizando os serviços nos mais pobres”, a “flexibilização da gestão dentro da lógica custo-benefício”, e o “estímulo à ampliação do setor privado na oferta de serviços de saúde”.

---

<sup>46</sup> Fernandes (2015) acredita que a relação do Banco Mundial com as políticas de saúde, enquanto modelo de reestruturação “neoliberal” das políticas sociais, tornou-se evidente em 1993, quando ocorreu o lançamento do documento intitulado “Intervir em saúde”. Partindo do pressuposto de que os serviços de saúde seriam bens privados (cuja apropriação seria de responsabilidade individual e se daria em quantidades variáveis), deveria haver uma progressiva desresponsabilização do Estado em face de serviços básicos antes ofertados à população. Em tal documento, o Banco Mundial também teria imposto descrédito à gestão pública da administração, referindo-se à irresponsabilidade estatal e à incapacidade de gerir os recursos públicos (considerados escassos), levando, segundo a autora, à mercantilização da gestão financeira e da prestação de serviços de saúde.

Rizzotto e Campos (2016, p. 271-272), ao analisarem, entre outros, o documento do Banco Mundial intitulado “20 anos de construção do sistema de saúde no Brasil: uma análise do Sistema Único de Saúde”, dispõem que a interferência do órgão internacional remete à crise externa da década de 1980, momento em que o Banco passou a priorizar os Programas de Ajuste Estrutural e Projetos Setoriais com consideráveis efeitos no redirecionamento dos modelos de desenvolvimento e nas reformas setoriais, cujo financiamento se concretizou pela convergência de interesses de governos, empresários e pesquisadores desses países, os quais, igualmente, convergiam ideologicamente.<sup>47</sup> Concluem os autores:

O SUS é um experimento que, na perspectiva do Banco, não deve se expandir para outros países da América Latina e mesmo para o mundo, na medida em que garante, constitucionalmente, o direito universal à saúde. O que deve servir de modelo são os países que possuem coberturas universais limitadas, que deixam a cargo do mercado a oferta dos serviços de saúde; os governos que adotam mecanismos da gerência empresarial para punir gestores e trabalhadores; os Estados que adotam o *new public management* como forma de gestão das estruturas e dos assuntos públicos, enfoque micro-organizacional que transforma o planejamento em um ato puramente técnico. A visão crítica sobre o sistema de saúde brasileiro, associada às reformas estaduais colocadas em prática a partir dos contratos de empréstimo e à negação do direito à saúde, pode caracterizar uma nova ofensiva liberal contra o SUS e contra qualquer pretensão de instituir sistemas de saúde públicos universais. O objetivo de reformar a saúde brasileira a partir de sua organização nos estados federados parece ser o horizonte imediato do Banco. Com sua “ajuda”, visa contribuir para restituir poder a esse nível de governo que teria mais condições de implementar mecanismos de responsabilização e punição na gestão pública, e de transferência de responsabilidades ao mercado. (RIZZOTTO; CAMPOS, 2016, p. 274)

Aos argumentos de que os ajustes entre Estado e OS's de saúde levariam à má gestão, ao afrouxamento da fiscalização, ao menoscabo da prestação do serviço e à redução de transparência, Soares *et al.* (2016, p. 839) manifestam-se no sentido de que o controle da gestão seria baseado apenas em resultados, levando muitas entidades maquiarem suas potencialidades a fim de tornarem suas metas mais facilmente cumpríveis, isto é, menos exigentes. Do mesmo modo, criticam o fato de os Conselhos de Administração das OS's serem compostos por integrante do Poder Público os quais, por vezes, representariam interesses de determinados grupos de

---

<sup>47</sup> Compartilhando desse entendimento, conferir Soares *et al.* (2016, p. 831).

poder quando da fiscalização do uso dos recursos e das metas constantes nos contratos de gestão.<sup>48</sup> Nesse âmbito, a falta de transparência é notada pelos autores pelo fato de que, em muitos casos, os responsáveis pelo controle dos dados os inspecionariam quase que secretamente, se considerado que tão somente os serviços, as metas e os gastos tornar-se-iam transparentes pela publicação dos contratos de gestão.<sup>49</sup> (SOARES *et al.*, 2016, p. 845-846)

Andreazzi e Bravo (2014, p. 506), exemplificadamente, atestam que, em auditoria técnica, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo assinalou que a Prefeitura “não teve controle sobre o total de R\$ 1,4 bilhão que saíram dos cofres municipais, em 2009, para o pagamento dos serviços feitos pelas OS’s na área da saúde”, inobstante a existência de um específico órgão na Secretaria Municipal da Saúde para monitoramento das OS’s (Núcleo Técnico de Contratação de Serviços em Saúde).<sup>50</sup>

O Conselho Nacional de Saúde, em sua Resolução nº 223 (BRASIL, 1997), também se posicionou contra as OS’s, argumentando, em síntese, (a) que estas não indicariam as formas de relação entre os diferentes segmentos da clientela, desrespeitando-se, potencialmente, os princípios de universalidade, integridade e equidade, (b) que haveria aspectos que não atenderiam às necessidades identificadas pelos gestores, como a possibilidade de haver na mesma unidade

---

<sup>48</sup> Segundo os autores, haveria ainda a “falta de cumprimento de metas, não execução do dinheiro repassado, escassez de funcionários, ausência de informatização, aprovação de prestações de contas com erros, falhas na elaboração de indicadores de desempenho, desrespeito aos regulamentos de compras, e atrasos nos repasses dos recursos por parte da Secretaria Municipal de Saúde [de São Paulo]”. (SOARES *et al.*, 2016, p. 840-841)

<sup>49</sup> Cita Donadone (2014, p. 82) que o Poder Público não teria sido capaz de alcançar um sistemático controle financeiro por resultados (como parte integrante de uma estratégia que retiraria do setor público a responsabilidade pela provisão de serviços e o transferiria ao setor privado), o qual sofreria real flexibilização. Falconer (1999, p. 8) sumariza as críticas impostas pela doutrina (à época) à gestão das OS’s e a suas capacidades, destacando-se “a fragilidade organizacional; a dependência de recursos financeiros governamentais e de agências internacionais, cada vez mais escassos; a falta de recursos humanos adequadamente capacitados e; a existência de obstáculos diversos para um melhor relacionamento com o Estado. Esta fragilidade pode ser observada na baixa capacidade de continuidade - de sustentabilidade - das organizações e das experiências promovidas por estas, na perda de eficiência e eficácia de suas ações e, conseqüentemente, no enfraquecimento de sua capacidade de interlocução, tanto com o Estado quanto com a sociedade civil propriamente dita”.

<sup>50</sup> Seria visível a ineficiência do controle público sobre as OS’s paulistanas, na visão das autoras, na medida em que as prestações de contas das entidades contratadas seriam aprovadas contendo erros, além de que inexistiriam contas-correntes específicas para repasses e movimentação de valores das OS’s, situação que seria irregular. (ANDREAZZI; BRAVO, 2014, p. 506)

funcionários sob diferentes regimes e remunerações e (c) o erro estratégico de transferência de recursos públicos para as entidades sem que houvesse garantias de ressarcimento em caso de descumprimento de cláusulas contratuais. A propósito, uma década depois, isto é, em 2007, na XIII Conferência Nacional de Saúde, aprovou-se proposta em Relatório Consolidado para que fosse promovida a articulação dos atores sociais em prol do combate à terceirização da gestão de unidades de saúde públicas por meio de OS's (NOGUEIRA, 2011, p. 43). O Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (2011, p. 300), inclusive, propôs a sustação da criação de novas OSs enquanto não se atingisse um patamar adequado (maior do que o então quadro de saúde pública, ao menos) de efetividade, qualidade, eficiência e eficácia.

Almeida (2006, p. 52) adverte, enquanto outra crítica a experiências das OS's na saúde, que os objetivos contidos nos contratos de gestão não observariam, necessariamente, o princípio da equidade no acesso aos serviços, uma vez que estas entidades, ao usarem apenas critérios administrativos técnicos quantitativos, acabariam não garantindo o atendimento das reais demandas da comunidade, e, em especial, daquelas oriundas das classes sociais mais baixas. Ademais, em pesquisa sobre o atendimento das Pioneiras Sociais, referida autora ainda comenta que haveria nessa OS restrições às prestações dos serviços (inclusive atendendo determinadas patologias de algumas pessoas, mas não de outras), favorecimento de determinadas pessoas com prestígio ou influência política e falta de transparência - ao não esclarecer aos usuários nem aos empregados os parâmetros de acesso à entidade -, corroborando-se a ideia de que não teria se efetivado o controle social nem o processo participativo.<sup>51</sup> (ALMEIDA, 2006, p. 54-55)

Finalmente, os autores pesquisados ainda comentam que a terceirização da gestão da saúde a partir de parcerias do Estado com as OS's levaria a gravosa flexibilização do trabalho (SOARES *et al*, 2016, p. 840) e à alta rotatividade dos empregados, uma vez que, além de estes não deterem a mesma estabilidade dos profissionais da saúde estatutários da administração direta, também estariam

---

<sup>51</sup> Soares *et al*. (2016, p. 846) colocam que a principal problemática, nesse plano, consiste em questionar por que grande parte da população não recebe nenhum atendimento pelas OS's: respondem que, ao mesmo tempo que as OS's calculariam riscos e clientela, a administração pública não o faria em face das normas que regulamentam o SUS.

continuamente descontentes com as condições laborais (DONADONE, 2014, p.92).<sup>52</sup> Nesse sentido, aliás, a eventual existência de programas de educação permanente (prática substancialmente necessária na área sanitária, caracterizada por agudo dinamismo tecnológico) acabaria mitigada por tal instabilidade funcional. (ANDREAZZI; BRAVO, 2014, p. 506)

### 3.3 A CRÍTICA ALCANÇA O STF: O CASO DA ADI 1.923/DF

Desde de o momento de sua criação legal, percebe-se, da seção anterior, que as OS's experimentaram diversos contrapontos. Com efeito, algumas dessas críticas reverberaram no Supremo Tribunal Federal, provocado a julgar a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.637/98 (íntegra em anexo), assim como da Lei de 8.666/93 - Lei de Licitações, naquilo atinente ao Terceiro Setor, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 MC/DF.

Com efeito, diversos setores da sociedade e da política, alinhados de forma mais estrita com o ideário da reforma sanitária advinda com a Constituição (CONTREIRAS; MATTA, 2015, p. 286), atacaram as iniciativas de terceirização e mercantilização da saúde (ASENSI; RIBEIRO, 2015, p. 1651). A ADI 1.923 foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), cuja empreitada recebeu apoio, como interessados, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, da Academia Brasileira de Ciências e do Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde públicos, conveniados, contratados e/ou consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR.<sup>53</sup> O julgamento, iniciado em 24 de junho de 1999, só teve a

---

<sup>52</sup> Para Muniz e Brotto (2016, p. 155), esse fator interferiria diretamente na qualidade dos serviços oferecidos, além de que enfraqueceria os espaços de negociação e as conjunturas de lutas políticas da classe trabalhadora do setor.

<sup>53</sup> No entendimento do então Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, em parecer de 1998 no processo instaurado pela ADI 1.923, os contratos ou convênios transfeririam uma unidade hospitalar pública a uma entidade civil sem fins lucrativos, de modo que acabaria por ser entregue o próprio patrimônio estadual ou municipal, incluindo recursos humanos e financeiros, bens móveis (máquinas e aparelhos hospitalares). Ademais, tais ajustes possibilitariam às organizações a autonomia gerencial para contratar e celebrar negócios sem licitação, ofertando-lhes uma concreta delegação - e inconstitucional terceirização - para gerenciamento, execução e prestação de serviços públicos de saúde. (DONADONE, 2014, p. 77-78)

apreciação de sua respectiva cautelar, relatada originalmente pelo Min. Ilmar Galvão, em 1º de agosto de 2007, indeferida pelo plenário da Corte.

O questionamento central versou sobre a impossibilidade jurídica de as OS's substituírem o Estado na prestação de serviço público - circunstância que ocorreria no momento em que fosse autorizada a cessão de recursos, servidores e bens públicos à iniciativa privada - infringindo o regime jurídico da atividade prestada estabelecido pela Constituição. Os autores da ADI defenderam, em suma, (i) violação aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225), já que haveria, assim, uma transferência de responsabilidades, do Estado para o setor privado; (ii) ofensa à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, *caput*), pois a Lei das OS's não exigiria que o processo de qualificação se conformasse à ideia republicana de impessoalidade; (iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175), uma vez que, ao receberem recursos públicos, as OS's não poderiam desobedecer aos procedimentos licitatórios;<sup>54</sup> (iv) violação aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169); (v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, *caput* e § 4º); (vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74), vez que o *caput* do art. 4º da Lei, ao enumerar as "atribuições privativas do conselho de administração", levaria à hermenêutica de exclusão do controle do Tribunal de Contas da União sobre a alocação de verbas públicas; e (vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129), pois o art. 10 da Lei teria incorrido em inconstitucionalidade à luz da irrestrita amplitude do art. 129 da CF, quando condicionou e limitou a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's apenas quando constatados gravidade dos fatos e/ou riscos ao interesse público. (BRASIL, 2015, p. 10-13)

---

<sup>54</sup> Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98 dispunham que as entidades privadas editariam regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com recursos públicos. Além disso, o art. 12, § 3º, da mesma Lei possibilitaria que a permissão de uso de bem público pudesse ser outorgada pelo Estado à OS com dispensa de licitação. Inclusive, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV), a fim de que a administração pudesse contratar a OS para a prestação de serviços relacionados às "atividades contempladas no contrato de gestão", o que contrariaria a isonomia do processo licitatório.

Em 31 de março de 2011, o Relator da ADI, Min. Ayres Britto (sucessor do Min. Ilmar Galvão) votou por sua procedência parcial, realizando interpretação conforme a Constituição para as normas que dispensavam licitação para contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e as OSs. Na dicção do então Ministro Relator, o Estado seria o mais adequado prestador de serviços públicos não exclusivos, pois a atuação do setor privado deveria ser apenas complementar, não substitutiva, conforme - exemplificou o Ministro para o caso da saúde - dispõem os arts. 197, 199, §1º e §2º da Constituição. Nesse sentido, julgou o Ministro que os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 seriam inconstitucionais, uma vez que acarretariam a extinção de entidades públicas e a absorção dos serviços públicos por OS's, restando ao Poder Público simples função indutora, fiscalizatória e regulatória. Relegar o Estado a estas funções levaria ao grande equívoco, na visão do Relator, de igualar a prestação de serviços públicos às atividades econômicas em sentido estrito. (BRASIL, 2015. p. 18-29)

Ademais, o contrato de gestão contemplado na Lei das OS's foi equiparado pelo Min. Ayres Britto ao convênio (BRASIL, 2015. p. 34), de modo que este seria instrumento de fomento a particulares atuarem nos âmbitos de relevância pública. O voto do Ministro afastou, além disso, inconstitucionalidades acerca das dispensas de licitação previstas no inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e no §3º do art. 12 da Lei nº 9.637/98, sob a condição de observância dos princípios constitucionais de impessoalidade, publicidade e eficiência, por meio de um processo objetivo para o ato de qualificação das entidades como OS's e para as subsequentes parcerias com o Poder Público (BRASIL, 2015. p. 35-37). Como decorrência, o Min. Ayres Britto sublinhou, em seu voto, que a abertura discricionária conferida pelo inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98 ao Poder Executivo na qualificação seria inconstitucional por violar as já referidas *supra* objetividade e impessoalidade (BRASIL, 2015. p. 40-43). Seguidamente, também foi conferida interpretação conforme a Constituição dos arts. 5º a 7º da Lei nº 9.637/98, para assegurar o controle externo pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

Finalmente, o relator aduziu que os empregados permanentes das OS's não estariam inclusos no regime estatutário dos servidores públicos, e, quanto aos

servidores públicos cedidos, a seu turno, às OSs, todas as verbas de remuneração teriam de ser previstas em lei. (BRASIL, 2015. p. 44-45)

Nada obstante, o Min. Luiz Fux pediu vistas, votando, em 19 de maio de 2011, também pela procedência parcial da ação. Todavia, distintamente do Relator, considerou que a Constituição, em seus dispositivos atinentes à saúde, coloca que esta é dever do Estado e da sociedade, sendo possível de ser prestada pela iniciativa privada, a qual estaria regulada pelo direito administrativo contemporâneo como um serviço público social, não privativo ou exclusivo do Estado, que, por sua vez, o executaria concomitantemente com os particulares. (BRASIL, 2015. p. 47-84)

Após o voto do Min. Fux, o Min. Marco Aurélio solicitou vistas. O julgamento apenas foi retomado na sessão plenária de 16 de abril de 2015, quando o STF julgou pela constitucionalidade das parcerias entre o Estado e as OS's para a prestação, por parte destas, de serviços públicos não exclusivos, desde que a celebração do ajuste - contrato de gestão - e o ato de qualificação de determinada entidade como OS's sejam conduzidos de modo objetivo e com respeito aos princípios constitucionais da administração pública plasmados no art. 37 da CF, mormente a publicidade e a impessoalidade, e em conformidade com as condições constantes no art. 20 da Lei nº 9.637/98.

A decisão firmou que as possibilidades de dispensa de licitação para celebração de contratos de gestão (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV), para outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º), para contratos com terceiros e para escolha de pessoal necessitam também passar por um procedimento público, objetivo e impessoal, de acordo com as normas do art. 37 da Constituição e com os regulamentos de cada organização. Finalmente, foi afastado o conjunto de entendimentos que restringiam os processos de *accountability* pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União em relação à aplicação dos recursos públicos recebidos pelas organizações.<sup>55</sup> (BRASIL, 2015, p.1-9)

---

<sup>55</sup> Breves esclarecimentos de como votaram os demais Ministros de então. O voto do Min. Luiz Fux foi acompanhado pela maioria. Não votou o Min. Roberto Barroso, já que sucessor do Min. Ayres Britto, aposentado no decorrer da referida ADI. Impedido o Min. Dias Toffoli. O Min. Teori Zavascki destacou o julgamento do RE 789.874, oportunidade em que o STF sublinhara que os serviços sociais autônomos teriam natureza jurídica de direito privado, não sujeitos ao inciso II do artigo 37 da Constituição. O Ministro Teori considerou que as entidades sociais (e as do Sistema S) seriam financiados de alguma forma por recursos públicos, devendo ocorrer, destarte, obrigatória prestação de contas quando houvesse dinheiro público envolvido. A Ministra Cármen Lúcia afirmou a

A despeito do voto vencedor no STF, Morettini e Schier (2016, p. 382-383) argumentam que não seria constitucional a transferência das responsabilidades do Estado às OS's, uma vez que isso configuraria ofensa ao dever de prestação dos serviços públicos previstos na Constituição. Assim, não obstante o STF, nos termos do voto do Min. Fux, aceite a interpretação de que a CF oportuniza distintos projetos políticos, não caberia regime diferente do administrativo na prestação de serviços públicos de saúde. Por conseguinte, não seria juridicamente permitida a atuação indireta do Poder Público no cumprimento de seus deveres nessa seara, pelo que o voto proferido pelo Min. Ayres Britto teria feito a melhor leitura da matéria, ao considerar o Estado como protagonista, por meio de execução direta ou por concessão ou permissão (distintamente da atividade econômica em sentido estrito, área em que o Poder Público seria, mormente, agente normativo e regulador).<sup>56</sup>

Apesar desse entendimento dos autores citados *supra*, a análise da decisão final da ADI 1.923 permite concluir que o seu teor mostrou-se compatível com o ideário de inovação paradigmática apresentado no capítulo precedente desta monografia, uma vez que ratificou a constitucionalidade das OS's e destacou a

---

possibilidade de o particular prestar os serviços questionados, desde que observados as normas da administração pública, a fim de houvesse “ganho ao usuário do serviço público”. Convergingo nesse aspecto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu a necessidade de controle por Tribunal de Contas e de fiscalização pelo Ministério Público, dada a natureza pública dos recursos. O Ministro ainda defendeu que se deveria buscar um novo modelo de administração que possa se mostrar mais eficiente do que o tradicional, com a condição de que mantidos os controles do Estado. O Ministro Celso de Mello salientou a ocorrência comum de ineficácia da estrutura burocrática da administração pública e a necessidade de se reformular o papel estatal para a concretização de políticas públicas em áreas em que o Estado não conseguisse se fazer suficientemente presente. Já o então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, salientou que as OS's podem colaborar com celeridade e flexibilidade na prestação de serviço público, sob a condição de observarem a cogência dos princípios constitucionais, incluindo a inafastabilidade da prestação de contas. O Min. Ayres Britto (Relator) e os Min. Marco Aurélio e Rosa Weber (julgando precedente o pedido em maior extensão), restaram vencidos. (ASENSI; RIBEIRO, 2015, p. 1657-1659)

<sup>56</sup> No entendimento de Ribeiro (2013, p. 1, p. 4), nas diferenças entre os votos dos ministros Ayres Britto e Luiz Fux ficaria nítido o embate sobre qual seria a função do Estado na prestação dos serviços públicos: se protagonista ou subsidiária. O autor seguiu as razões expostas pelo ministro Ayres Britto, uma vez que, segundo ele, a CF teria imposto um papel protagonista, de intensa atuação, confirmado mesmo pela Emenda Constitucional nº 19/98. Referido autor ainda afirma que o modelo brasileiro de contratos de gestão haveria se desvirtuado, na medida em que teriam se transformado em instrumentos de fuga do Estado e do regime jurídico administrativo. Na visão de Morettini e Schier (2016, p. 383), ainda, é possível inferir, no voto do Min. Fux, “a construção teórica neoliberal do princípio da subsidiariedade, que leva à falsa noção de que a atividade estatal direta e a atividade colaboracional privada são excludentes. Com base nos marcos teóricos adotados no presente estudo, parece mais correto estabelecer a colaboração entre uma e outra. Ao que parece, uma interpretação conforme a Constituição impede a extinção de órgãos públicos atuantes nas atividades elencadas na própria lei e sua substituição pelas OS's”.

importância do Terceiro Setor como potencial parceiro do Estado na árdua e contínua concretização do direito fundamental à saúde.

Nada obstante, ao contrário do que defendido nesse trabalho (em especial, no capítulo 1), o voto do Min. Fux considerou que o serviços públicos não exclusivos não seriam delegáveis, sendo inaplicável, para as OS's, o art. 175 da CF: a Lei nº 9.637/98 teria estabelecido um sistema de fomento.<sup>57</sup>

Para as demais questões, entretanto, a decisão do STF enseja maior clareza no trato jurídico das OS's, permite maior segurança na busca - pelo Poder Público, pelo Terceiro Setor e pelos demais personagens envolvidos - de soluções aos problemas apontados por diversos autores (das áreas jurídica e sanitária, entre outras, e citados no presente capítulo), assim como elucida e garante os procedimentos de controle (em conformidade, frise-se por sua relevância, com os preceitos constitucionais) às entidades parceiras. Estes procedimentos, conforme se notará no capítulo seguinte, devem ser compreendidos como essenciais para o alcance de eficácia e de êxito para qualquer projeto de prestação responsável e efetiva do serviço público da saúde. A linha propositiva do capítulo final versará, destarte, sobre possíveis caminhos pelos quais as OS's podem ser bem sucedidas, observando, inclusive, aqueles eficazes trilhados em 20 anos de experiência. Deverá se averiguar, ainda, quais das críticas - levantadas por muitos da doutrina e aqui descritas - de fato se tornaram perceptíveis e quais respostas foram dadas ou, então, dadas as conjunturas, quais poderão ser desenvolvidas.

---

<sup>57</sup> Morettini e Schier (2016, p. 384), a esse respeito, embora concordem com o Ministro em relação à instituição do fomento (e da consequente não delegação), argumentam que a referida lei das OS's teria desobrigado o Estado de sua responsabilidade acerca dos serviços sociais nela previstos, pois importaria apenas a atuação indireta do Poder Público, fator que o afastaria dos comandos constitucionais pertinentes à prestação.

## 4 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, DINÂMICAS DE SAÚDE E EFETIVIDADE

### 4.1 REMÉDIOS PARA UM *REQUIEM* ANUNCIADO

Na concepção de Lobato e Giovanella (2012, p. 130), a dinâmica dos sistemas de saúde caracteriza-se pelas funções e relações estabelecidas entre os componentes internos desses sistemas. Destas relações resultam políticas, ações e serviços que afetam as condições reais de saúde de determinado grupo populacional observado. Nesse diapasão, são quatro as funções principais de um sistema de saúde, as quais se desenvolvem a partir de relações político-econômicas manifestadas por interesses dos agentes direta ou indiretamente envolvidos: financiamento, prestação de serviços, gestão e regulação.

Assim sendo, este capítulo final abordará os seguintes aspectos dessas funções observados pelas experiências das OS's, considerando as críticas postas no capítulo precedente - *as quais pronunciam um réquiem do direito à saúde se este for delegado a OS's* -, (i) as soluções descritas pela doutrina, (ii) a importância do controle amplo dessas entidades e (iii) sua possibilidade de eficácia e eficiência na área da saúde. Nessa seção, inicialmente, ocupar-nos-emos com as réplicas às ideias contrárias às OS's de saúde e com as soluções da experiência.

Em que pesem as disposições doutrinárias frontalmente contrárias ao modelo experimentado de OS's expostas no capítulo precedente, Mânica (2010, p. 159) defende que, da previsão constitucional de participação complementar do setor privado no SUS, não decorre o dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Com efeito, relata o autor que os entendimentos (inclusive jurisprudenciais) que vedam os ajustes entre a administração pública e as OS's, com base na referida complementaridade, interferem negativamente na segurança jurídica da questão, na modernização administrativa e na própria concretização do direito à saúde.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Importante registrar o alerta do autor (MÂNICA, 2010, p. 153) acerca da proteção dos usuários dos serviços de saúde no Brasil, os quais não possuem a garantia de gratuidade plasmada na Constituição - ainda que tais serviços tenham sido promovidos sem custos aos cidadãos por intermédio do SUS. Nesse sentido, o ato normativo nomeado *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde* enumera os direitos tanto daqueles que utilizam o serviço público quanto o privado - sendo diferenciados pelo "vínculo orgânico que materializa a responsabilidade do Estado pela prestação dos

Como a hermenêutica da juspublicística necessariamente deve se pautar pela realidade e pela busca orientada à máxima efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente delineados, não é possível manter um posicionamento de rechaçamento à prestação privada de serviços de saúde, na hipótese de maior eficiência da atividade por uma OS. Significa dizer, ainda segundo Mânica (2010, p. 162), que os deslindes acerca dos limites e separações a serem impostos entre a prestação estatal direta e a indireta de serviços de saúde (via ajustes com o setor privado) não são aferíveis de forma genérica e abstrata (e com baixa concentração de conteúdo semântico) pela dicção “forma complementar de participação privada”.

Por conseguinte, mostra-se necessário frisar os equívocos interpretativos dos posicionamentos das fontes que tratam a participação de OS's na saúde pública como meramente transitória, precária e instável. Maior será a utilidade do Terceiro Setor na prestação dos citados serviços quanto mais estáveis forem os vínculos que disciplinam a relação do Estado com as entidades privadas sem fins lucrativos, de modo que somente com uma sistemática jurídica atualizada às complexidades do setor de saúde será possível a atuação eficiente dos agentes envolvidos na efetivação do direito à saúde. Nesse diapasão, a assistência à saúde prestada pelas OS's deve ser compreendida como complementar às *atividades de competência do SUS* (as quais, de fato, não devem ser executadas por particulares em sua *integralidade*).<sup>59</sup> (MÂNICA, 2010, p. 163)

---

serviços de saúde qualificados como serviços públicos de saúde” (MÂNICA, 2010, p. 153) -, quais sejam: (i) acesso ordenado e organizado ao sistema de saúde; (ii) tratamento adequado e efetivo para o problema do usuário; (iii) tratamento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação; (iv) tratamento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos; (v) comprometimento dos gestores da saúde para o cumprimento dos princípios anteriores; além da responsabilidade pessoal para que seu tratamento aconteça de forma adequada. Nada obstante, Asensi (2015, p. 5) pontua que o dever do Estado na prestação de serviços públicos impõe sua responsabilização mesmo que haja a ampla atuação da sociedade civil no setor. Nesse sentido, ainda que a forma de execução dos serviços se desenrole de modo indireto, mantém-se intacto a função do Poder Público de assegurar direitos e de distribuir racionalmente bens essenciais de saúde - dada a relevância pública desta - para a população.

<sup>59</sup> Não nos parece acertado, nesse sentido, a então normativa pretendida pelo Projeto de Lei 5.828/16 - retirada por seu autor Deputado Rodrigo Martins (PSB/PI) no mesmo ano de 2016 -, que alterava o art. 12 da Lei 9.637/98 para vedar a transferência da consecução, por hospitais e postos de saúde, de serviços públicos de saúde às OS's (BRASIL, 2016). Na visão do citado parlamentar, a sistemática do Terceiro Setor não teria levado a resultados satisfatórios, sendo que o Poder Público, nos três entes federativos, tem procedido a diversas formas de desarticulação dos serviços de saúde e ao verdadeiro desvirtuamento do regime dos contratos de gestão, os quais, a propósito, seriam meios de prestação complementar dos referidos serviços, mas não o principal instrumento. Assim, para o autor do projeto, se determinado ente tiver a maioria de seus estabelecimentos de saúde administrados por

Já quanto à suposta caracterização das OS's como um produto da “experiência neoliberal”, cuja instalação teria sido ensejada inclusive pelo Banco Mundial e por setores conservadores pró-mercado da sociedade contra a reforma sanitária plasmada na implementação do SUS, deve-se colocar um relevante contraponto. Quinhões (2009), em pesquisa comparativa entre os hospitais públicos e as OS's de saúde do Estado de São Paulo,<sup>60</sup> construiu uma escala para medir quão voltadas à hierarquia burocrática e ao mercado estavam as unidades geridas pela administração direta e pelas OS's, indo de zero (mercado) até um (hierarquia).<sup>61</sup>

E o resultado das OS's - com um modelo de governança de pontuação de 0,647 (QUINHÕES, 2009, p. 25) - demonstra mais uma proximidade ao modelo da administração pública do que uma forte tendência mercadológica (embora seja mais acertado atribuir-lhes um caráter híbrido entre a gestão pelo mercado e aquela realizada pelo regime jurídico de direito público tradicional).<sup>62</sup>

---

OS's, tal fator (i) impediria que o Poder Público fosse capaz de aprimorar a área da saúde e de coaduná-la com outras políticas públicas levadas a cabo, além de que (ii) ensejaria a corrupção e o favorecimento de particulares.

<sup>60</sup> Com efeito, distintos estudos compararam o desempenho entre hospitais estaduais paulistas geridos pelas OS's e pela administração pública direta, demonstrando que as metas convencionadas acerca de indicadores de produção, de qualidade de atendimento ambulatoriais/hospitalares, de taxas de cesáreas, número de funcionários/leito, infecção e letalidade hospitalares foram alcançadas (BOMFIM *et al.*, 2011). Além disso, Barata (2009) registra que a autonomia das OS's na gestão de recursos humanos - promovendo célere reposição de pessoal, se necessário - levou a uma maior capacidade de sua utilização sob uma perspectiva gerencial (pois não ocorreria a incidência das normas próprias da Lei 8.666/93 ou do Sistema de Administração de Serviços Gerais da União).

<sup>61</sup> Acerca da metodologia aplicada, Quinhões (2009, p. 24) explica que “a metodologia utilizada é um estudo de caso múltiplo com dois grupos de hospitais públicos estaduais localizados na Região Metropolitana de São Paulo (três hospitais governados segundo o modelo OSS e três pelo modelo tradicional de administração pública direta), similares em termos de porte (número de leitos e de consultórios ambulatoriais), perfil assistencial e papéis de referência de atendimento para a rede de saúde. O grupo de hospitais da administração pública direta serve como comparação para as análises relativas à percepção dos dirigentes dos hospitais OSSs a respeito das características das transações realizadas e do desempenho dos hospitais OSSs. Além disso, também permite verificar se houve interferência de efeitos ambientais sobre a rede estadual e sobre a população. Os seis hospitais selecionados apresentam características típicas de um hospital SUS de média complexidade em um grande centro urbano, em tamanho, complexidade tecnológica e perfil de atendimento.

<sup>62</sup> Em outras palavras, apesar dos argumentos que caracterizam a instalação de OS's como fator inerente a um fenômeno de privatização e desresponsabilização do Estado, é possível afirmar que tais entidades mostram-se consideravelmente distante de uma governança realmente de mercado, resguardando a maior parte dos elementos próprios ao modelo hierarquizado, como a impossibilidade (i) de o hospital gerido por OS obter fontes distintas de financiamento além do orçamento do estado de São Paulo, (ii) de o ente decidir sobre preços e a quantidade de serviços que deseja prestar, (iii) de fixar unilateralmente objetivos e metas e (iv) de escapar do monitoramento e da avaliação permanentes pelos órgãos federais e estaduais públicos de controle, havendo a possibilidade, inclusive, de a Secretaria de Estado intervir substancialmente na diretoria do hospital, mesmo em situações diversas daquelas referentes ao desempenho ineficiente que descumpra as metas postas no contrato de gestão. (QUINHÕES, 2009, p. 26)

Acerca das tão atacadas transformações da administração pública ocorridas no contexto do advento da Lei Federal das OS's, em 1998, deve-se tecer, também, alguns comentários. Egon Bockmann Moreira (2017, p. 213) afirma que a Reforma Gerencial - tão criticada por diversos setores da doutrina, conforme visto no capítulo precedente - não significou uma simplista rejeição à noção de burocracia de matriz weberiana, mas antes representou uma reação ao aumento descontrolado do tamanho do Estado-Administração ocorrido no Brasil nas décadas anteriores à de 1990, aumento este que acarretou, ele próprio, uma inviabilidade prática da razão instrumental daquele modelo weberiano. E, com efeito, não é acertada a afirmação de que as transformações do aparato estatal dos anos 1990 tivessem como corolário uma clara faceta do "neoliberalismo", na medida em que *não* se procedeu ao amplo afastamento do Estado no seu dever de garantia de direitos sociais, nem ao abandono da regulação e da intervenção econômica: de fato, muitas das críticas arroladas no capítulo 2 deste trabalho são fruto de uma associação restrita dos conceitos de Reforma, burocracia e "neoliberalismo".<sup>63</sup> (MOREIRA, 2017, p. 213-214)

Tomando essa ideia como preceptora, passa-se à breve descrição sobre soluções perquiridas e concretizadas por OS's que sirvam como contraponto às críticas expostas no capítulo precedente.

Quinhões (2009, p. 16), no mesmo trabalho já referido *supra*, anota que a criação de OS's para gerenciar os hospitais públicos possibilitou introduzir, de forma positiva, um número não desprezível de incentivos próprios da iniciativa privada na garantia de prestação de serviços de saúde pública. Segundo o autor, os tradicionais controles procedimentais *ex ante* podem ser reduzidos, numa conjuntura que enfoque a transparência sobre os resultados (*ex post*) e a separação entre financiamento e provisão.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Em suma, convergimos com a noção de que a Reforma Administrativa acelerada nos meados dos anos 1990 teve como aspiração a descentralização estatal, a busca de parcerias com a iniciativa privada e a valorização da eficiência da Administração Pública. (MOREIRA, 2017, p. 214)

<sup>64</sup> As OS's na saúde prescrevem um vínculo contratualizado entre o núcleo estratégico da administração pública e organizações públicas e periféricas para a provisão de direitos sociais, (i) propiciando aos hospitais de gestão delegada uma posição incontestável de provedor de serviços hospitalares, (ii) impedindo políticas de captação de recursos adicionais e (iii) exercendo importante controle orçamentário. (QUINHÕES, 2009, p. 17)

Na pesquisa empírica empreendida por Quinhões, igualmente, constatou-se que, no estado de São Paulo, a parceria com as OS's ensejou a incorporação de instrumentos (i) para alinhar expectativas e atenuar o volume de assimetria de informações entre o agente e o principal,<sup>65</sup> (ii) mais eficazes de incentivo de desempenho das entidades sem fins lucrativos, (iii) mais flexíveis de gestão de recursos (humanos e financeiros),<sup>66</sup> além de permitir modificar-se efetivamente os papéis desempenhados pelo Estado e pelo setor privado.<sup>67</sup> (QUINHÕES, 2009, p. 18)

Donadone (2014) também pesquisou pontos positivos e soluções alcançadas na gestão de hospitais por OS's no Estado de São Paulo. Destaca sobretudo a Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde (CGCSS), cuja função principal é assessorar as decisões do Secretário Estadual de Saúde a partir dos dados técnicos aos quais tem acesso. Parte das informações provém dos contratos de gestão entre administração pública e OS's - sendo que a CGCSS é, também, formalmente responsável pela elaboração e adequação dos mecanismos de ajustes -, enquanto outra parte é obtida por intermédio de um sistema de informações alimentado diariamente pelos hospitais com dados de internações, cirurgias, procedimentos, consultas, etc., denominado Sistema de Informações Hospitalares (SIH). A CGCSS possui a incumbência de aprovar os regulamentos da OS's

---

<sup>65</sup> Problemática aprofundada na seção 3.2 deste trabalho.

<sup>66</sup> Com efeito, ressalta o autor (QUINHÕES, 2009, p. 18-19) que “ao avaliar-se a experiência das OSSs e de seus primeiros resultados, comparando 12 hospitais OSSs a dez hospitais públicos estaduais de São Paulo, com tamanho e complexidade similares, realizada pelo Banco Mundial em 2004 e 2005, concluiu-se que os hospitais que operam com o modelo OSS são mais eficientes do que os de governança tradicional. Os primeiros obtiveram melhor desempenho do que o outro grupo em vários aspectos: oferecem mais internações; os leitos ficam vagos por um período menor; a taxa de ocupação hospitalar é maior; a permanência geral dos pacientes é mais curta; o índice de mortalidade geral é menor, e também o de duas das três clínicas analisadas; há uma distribuição mais econômica de profissionais, com mais enfermeiros e menos médicos; e têm menor número de empregados por leito”.

<sup>67</sup> Entretanto, importante reprimir os alertas colocados pelo autor, no sentido de que toda contratualização possui seus riscos atinentes, de modo que o resultado da prestação de serviços nem sempre é garantido conforme o previsto no contrato de gestão: “em um estudo do Banco Mundial de 1995 sobre a contratualização de empresas estatais em países em desenvolvimento identificaram-se três fatores para que os contratos de gestão obtenham bons resultados: i) enfrentar o problema da assimetria de informação para monitorar e medir os esforços do agente e seus resultados; ii) desenhar mecanismos de recompensa e de punição; e iii) construir um comprometimento de forte credibilidade para honrar o contrato.” (QUINHÕES, 2009, p. 18)

parceiras e detém, ainda, relatórios técnicos mensais e acompanhamentos de contratos de compras e serviços.<sup>68</sup> (DONADONE, 2014, p. 80-81)

Por essas razões, é-nos permitido argumentar pela existência de um histórico e de uma perspectiva promissora de administração por OS's de hospitais públicos no estado de São Paulo, amostra máxima limitante deste trabalho. Na visão de La Forgia e Couttolenc (2009, p. 496), a melhor eficácia na gerência de recursos humanos, efetuação de compras e realocação de recursos na busca de indicadores de qualidade e de produção veio exata e precisamente na possibilidade de os administradores das OS's aplicarem o regime jurídico de direito privado nessas matérias.<sup>69</sup>

Costa *et al.* (2010, p. 262 ss), nessa mesma toada, defendem que a autonomia gerencial das OS's na alocação de recursos para a prestação de serviços de saúde enseja que as metas sejam cumpridas com garantia efetiva de custeio, estabelecendo uma lógica de atendimento distinta daquela desenvolvida pela administração direta: as OS's podem absorver as demandas sem a seleção de procedimentos condicionados à remuneração (elevada ou baixa) destes, na medida em que do contrato de gestão respectivo decorre um pacote fechado para o cumprimento dos serviços. Esse fator divergiria da gestão da administração pública, na qual o financiamento por procedimentos leva a uma prática de atendimentos orientada à oferta de serviços com enfoque nos atos de maiores complexidade e remuneração.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> A fim de aumentar a transparência das entidades, Donadone (2014, p. 90-91) ainda verificou a obrigatoriedade, prescrita nos contratos de gestão, de a entidade manter um Serviço de Relacionamento com Cliente, a fim de se transcrever numericamente a satisfação dos serviços dos hospitais de gestão delegada. Ademais, pontuam-se outras estratégias para concretizar a prestação dos serviços de saúde, quais sejam: planejamento estratégico, *Balance Score Card* (BSC), *Just in time*, gestão de processos, *Lean Six Sigma*. Donadone (2014, p. 96) registra, igualmente, que as OS's são mais sagazes na exploração e na utilização de ferramentas gerenciais do que os hospitais administrados diretamente pelo Poder Público. Em contrariedade às críticas à alta rotatividade dos profissionais de saúde vinculados às OS's, Donadone (2014, p. 96) afirma que, em realidade, boa parte dos prestadores possuem outros vínculos na rede de serviços da OS a qual pertencem, de modo que a "elevada rotatividade", tal qual exposta no capítulo 2 desse trabalho, é, muitas vezes, efeito da opção do profissional em executar um novo projeto.

<sup>69</sup> Além disso, os autores citados pontuam que a complementaridade entre o setor privado e o SUS já encontra-se solidificada, na medida em que a maioria dos leitos hospitalares do país seria administrada pelo setor privado.

<sup>70</sup> Barbosa e Elias (2010, p. 2483) - em pesquisa realizada com a finalidade de se identificar o emprego de instrumentos e práticas gerenciais condicionantes de ganho de eficiência das OS's de saúde em comparação às unidades prestadoras de serviços de saúde geridas pela administração direta - constataram a influência positiva das autonomias financeira e administrativa, da

A autonomia administrativa e financeira das OS's possibilita que, nos limites orçamentários próprios, a entidade desenvolva todos os arranjos institucionais que leve ao mais eficiente uso dos recursos transferidos. Na visão de Barbosa e Elias (2010, p. 2487), a simplificação desses procedimentos de gestão diminui os intervalos de abastecimento da unidade hospitalar, uma vez que há o enfoque nas necessidades de consumo para determinado tempo, “gerando maior rotatividade no estoque com menor ativo imobilizado”.<sup>71</sup> Em comparação, os autores pontuam que as unidades hospitalares sob responsabilidade da administração pública direta (HAD) encontram-se

sujeitas a um conjunto de controles externos, focados em rituais de procedimentos, que tornam seu processo de aquisição de bens e serviços muito mais lento e pouco eficiente. A tendência à realização de compras concentradas em grandes intervalos de tempo, ainda que dentro de uma lógica de entrega programada com fornecedores, gera grande quantidade de estoques, com maior ativo imobilizado. A execução de um processo de compras no HAD tem de percorrer dezenove estações de operações até seu fechamento, enquanto no HOSS este processo se resume a três estações (dos setores solicitantes ao setor de compras, deste aos fornecedores selecionados e destes ao almoxarifado). (BARBOSA; ELIAS, 2010, p. 2483)

Barbosa e Elias (2010, p. 2493), ao final, destacam as práticas e instrumentos gerenciais inovadores ensejadas pelas experiências das OS's. Nessa medida, pontuam que o processo gerencial dos hospitais sob sua responsabilidade baseia-se na procura da melhor estratégia a se adotar nos diversos setores considerados essenciais: de informação (com o dever de se averiguar as áreas críticas em relação às metas colocadas no contrato de gestão, a fim de que se indique o que precisa ser aprimorado), de custos (avaliando o grau de eficiência, sob uma ótica comparativa entre gastos e o número de procedimentos realizados) e de ouvidoria (com o dever de identificar a (in)satisfação dos usuários com os serviços prestados).<sup>72</sup>

---

direcionalidade imposta aos processos de trabalho pelas metas estabelecidas no contrato de gestão e de inovadoras tecnologias gerenciais com uso potente da informação como base para a tomada de decisões.

<sup>71</sup> O fato de as OS's poderem organizar autonomamente os fluxos de aquisição de bens e serviços de maneira substancialmente desburocratizada permite a negociação de cláusulas de pagamento e de reposição de material favoráveis à entidade gestora de unidade hospitalar, aumentando seu poder de barganha. (BARBOSA; ELIAS, 2010, p. 2487)

<sup>72</sup> Já no Município de São Paulo, por exemplo, Contreiras e Matta (2015, p. 290) constataram que a Secretaria Municipal de Saúde conseguiu avançar em transparência quando informada pelo Tribunal de Contas do Município acerca da subestimação das despesas referentes aos repasses de recursos

Descritas as possíveis formas pelas quais as OS's podem alcançar uma eficácia congruente com sua missão de prestação de serviços públicos de saúde, avançaremos para uma investigação que sirva para elucidar, sumariamente, a importância essencial dos procedimentos de controle dessas entidades.

## 4.2 CONTROLE DAS OS'S: NECESSIDADE E INAFASTABILIDADE

A garantia de idoneidade das OS's na prestação de serviços de saúde, assim como o afastamento das críticas de malversação do Terceiro Setor (exemplificadas no capítulo 2 desta monografia), devem passar necessariamente por um controle sistematizado, amplo e inafastável. Não obstante seja consideravelmente complexo encontrar-se o grau de equilíbrio entre (i) um direito público que seja adequadamente flexível à efetivação das funções do Estado e (ii) o *accountability* que previna e reprima desvios e a apropriação da coisa pública por pessoas privadas (MÂNICA, 2010, p. 51), lembra Gaspar Ariño Ortiz (1999, p. 58) que os procedimentos de controle consistem em verdadeiras condições para que o Estado seja eficaz, inclusive quando da contratação com o setor privado.<sup>73</sup>

Disso decorrem (i) a imposição legal do **controle interno** das OS's, cujo regulamento deve ser aprovado por no mínimo dois terços dos membros do Conselho de Administração<sup>74</sup> da entidade, segundo a literalidade do inciso VIII do

---

públicos a OS's "símiles", isto é, aquelas organizações vinculadas com o Poder Público a partir de instrumento indevido (convênio). Para corrigir esse cenário, a Secretaria de Saúde passou a registrar conjuntamente e a publicizar as transferências a todas as pessoas privadas sem fins lucrativos, agregando-se, assim, as despesas com OS's e OS's símiles, de modo a tornar possível a aferição da despesa total do Município com a delegação dos serviços de saúde.

<sup>73</sup> Fernando Mânica (2010, p. 191-192) pontua que, ao arrepio dos próprios comandos constitucionais do setor, o controle insuficiente das relações entre o setor público e o privado (analisando-se, portanto, para além dos vínculos entre Estado e OS's) leva ao próprio Ministério da Saúde a executar repasses de recursos a particulares que prestem serviços de saúde sem correspondente formalização contratual. Ademais, esclarece o autor que, em 2007, 87,6% dos estabelecimentos privados que prestavam serviços ao SUS não possuíam um ajuste formalizado, o que enfraqueceria vertiginosamente a capacidade de fiscalização pelos órgãos de controle dos recursos públicos.

<sup>74</sup> O Conselho de Administração é composto, segundo o art. 3º, inciso I, da Lei 9.637/98, por membros da comunidade e por representantes do Poder Público, sendo que estes, se somados aos representantes da sociedade civil, correspondem a mais de 50% do referido Conselho. Mas o domínio desses representantes é ainda maior, uma vez que devem indicar outros 10%, conforme o inciso e. A função do Conselho no controle interno das OS's é observada pela obrigação que este órgão da entidade possui de fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas estabelecidas no contrato de

art. 4º da Lei nº 9.637/98, bem como (ii) a publicização das normas constantes neste regulamento, voltadas a reger a contratação, pela entidade, de obras, compras e serviços. (PAES, 2012, p. 218)

Da mesma forma, para apreço do controle aqui defendido como condição necessária à maior eficácia das OS's no setor de saúde pública, é preciso que todas as decisões de contratação de obras ou serviços sejam formalizadas e tornadas públicas, inclusive o edital ou qualquer outro instrumento escrito que estabeleça as regras regulamentadoras do processo de escolha do contratado. (PAES, 2012, p. 219)

O art. 8º da Lei nº 9.637/98 impõe que a fiscalização da execução do contrato de gestão deva ser realizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade prestada pela entidade, devendo a OS apresentar, ao final de cada exercício financeiro ou a qualquer tempo, caso necessário ao interesse público, relatórios de prestação de contas e de cumprimento das atividades e metas definidas no momento do ajuste. Entregue o relatório, a comissão de avaliação – composta por especialistas de notórias capacidade e qualificação indicados pela autoridade do órgão ou ente de supervisão – encaminhará parecer conclusivo acerca da correção da gestão pela OS. (MARÇAL, 2014, p. 37)

O *caput* do art. 16 da Lei nº 9.637/98, a seu turno, permite que ocorra a desqualificação da OS caso esta descumpra os termos do contrato de gestão, com responsabilização dos dirigentes da entidade por danos ou prejuízos, após processo administrativo que apure as condutas e os respectivos nexos de causalidade com os fatos.<sup>75</sup>

Em suma, o controle interno das OS's busca elementarmente averiguar os resultados e metas alcançados em cada hospital gerido por uma entidade desse tipo em comparação com o colocado previamente nos contratos de gestão respectivos. (DUAILIBE, 2012, p. 33)

---

gestão, de acordo com a determinação do inciso X do art. 4º da mesma Lei. (DUAILIBE, 2012, p. 27-28)

<sup>75</sup> Freitas (2004), em análise do respetivo dispositivo, critica a abertura discricionária que a Lei induz: para tornar mais eficaz o comando e prevenir de forma mais ampla eventuais práticas ilícitas ou desconformes ao ajuste, a desqualificação deveria ser considerada vinculativa àquele que efetuou a qualificação anteriormente aos fatos.

Observa-se, todavia, a possível insuficiência de referido controle, uma vez que a simples indicação de membros fiscalizadores por um órgão administrativo não possuiria o condão de garantir isonomia e impessoalidade dos procedimentos de controle. Assim sendo, é mais do que necessária a atuação externa realizada pelos Tribunais de Contas (enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo) e pelo Ministério Público, como atores do **controle externo**.<sup>76</sup>

Leonardo Valles Bento (2003), em pesquisa que aborda aspectos diversos da governança na Reforma do Estado, incluindo a relação do Poder Público com o setor privado, descreve a chamada “teoria do agente/principal”, sendo o *principal* aquele que contrata um serviço prestado pelo *agente*. Segundo o autor, esta teoria se preocupa com a análise da atividade do Estado na implementação de um arcabouço

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, conforme dispõem os arts. 70 e 71 da CF cc/ art. 4º, XI, da Lei nº 9.637/98, o Tribunal de Contas da União deve realizar a fiscalização financeira contábil. Ademais, o art. 9º da Lei nº 9.637/98, prevê que os agentes fiscalizadores da execução do contrato de gestão, informados de quaisquer irregularidades na utilização de recursos ou bens públicos, caso se omitam em cientificar o TCU ou deixem de representar ao MP, podem ser solidariamente responsabilizados (MARÇAL, 2014, p. 38). No relevante trabalho de Coli (2015), averiguou-se como o TCU lidava com as questões relativas às OS's que lhe eram levadas a conhecimento (antes mesmo da decisão final da ADI 1.923), a partir da análise dos acórdãos exarados por aquele órgão sob a temática aqui trabalhada. O autor analisou o entendimento do Tribunal nas seguintes matérias sensíveis a estes modelos de organizações (matérias estas cujas experiências foram alvo de críticas por parte da doutrina, conforme exposto no segundo capítulo): qualificação, celebração de contrato de gestão, contratações de OS's com terceiros, seleção de pessoal e mecanismos de controle pelo TCU e MP. Constatou-se (COLI, 2015, p. 35), assim, que não existe uniformidade na forma em que o TCU lida com os procedimentos de qualificação, como consequência da omissão regulamentar proveniente da falta de norma infralegal que os detalhe minuciosamente. Coli (2015, p. 39) também observou a ausência de parâmetros normativos uniformes que regulamentem a celebração de contratos de gestão entre administração pública e as OS's. De fato, o art. 7º das Lei Federal das OS's apenas estabelece linhas gerais de formação do contrato, não estando presente uma padronização (i) do suporte jurídico que permita avaliar os critérios de escolhas da OS's como modelo homogêneo e (ii) do controle dos termos e metas fixados nos ajustes. Acerca das contratações das OS's com terceiros, o TCU tem pontuado a necessidade de um procedimento efetivamente objetivo e isonômico, rechaçando a autonomia de regulamentos próprios que prevejam critérios de discriminação estranhos ao conteúdo axiológico dos princípios constitucionais do art. 37 da Lei Maior (COLI, 2015, p. 52). Situação distinta à seleção de pessoal: o TCU entende que as OS's não são obrigadas a observar rigidamente as estritas previsões do citado art. 37 da Constituição, sob pena de se corromper a própria estrutura jurídica dessas entidades. Os julgados analisados por Coli (2015, p. 59) indicam preocupação com o *controle de resultados* e um entendimento de que um eventual endurecimento do processo seletivo ao longo da execução dos contratos de gestão tenderia a afetar negativamente as vantagens gerenciais advindas da flexibilização nessa seara. Acerca dos padrões de controle exercidos pelo TCU, Coli (2015, p. 64-65) notou que o Tribunal tem estipulado anualmente quais unidades devem apresentar relatório de gestão referente ao exercício correspondente, dispensando determinadas OS's dessa obrigação. Frise-se, porém, que referida prática é lastreada pelo poder regulamentar interno do TCU, sem que a Lei nº 9.637/98 faça qualquer dispensa nesse sentido (conforme se colocou, inclusive, na inicial da ADI 1.923). Já em referência à participação do Ministério Público, a análise aqui cotejada observou que houve espaço constante para atuação do *Parquet* no controle externo das OS's. (COLI, 2015, p. 66)

institucional que possibilite aos indivíduos privados a oportunidade de agirem de acordo com interesses sociais pautados em determinado processo decisório. (BENTO, 2003, p. 88-89)

No caso das OS's de saúde e no controle de suas atividades, a dificuldade da aplicação desse marco teórico revela-se na existência de diversos interesses contrapostos, podendo gerar o que Adriana Leite (2014, p. 33-34) cunhou de “oportunismo contratual”, quando o contratado omite informações a fim de turvar a escolha de melhores condições pelo contratante no momento de formação do ajuste. Na visão da autora, a coibição a tais oportunismos passa por cláusulas de garantias judiciais, patrimoniais e outras - desde que sob constante processo fiscalizatório - que obriguem o eventual ressarcimento (se necessário) à administração pública, a fim de prevenir irregularidades e desvios por parte da OS contratada.<sup>77</sup>

Registre-se que as OS's não escapam à possibilidade de sanção por improbidade administrativa. O artigo 10 da Lei nº 9.637/98 determina que os responsáveis pelos procedimentos de controle, na hipótese de se defrontarem com irregularidades de gravidade considerável, devem proceder à representação no Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da OS, com a finalidade de se realizar a indisponibilidade dos bens do ente, o sequestro<sup>78</sup> do patrimônio dos dirigentes, de agentes públicos ou mesmo de terceiros relacionados a condutas que tenham gerado enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio.<sup>79</sup> (MARÇAL, 2014, p. 38-39)

---

<sup>77</sup> Ainda seguindo este pensamento, a assimetria de informações, mormente nos custos para a execução do contrato de gestão, pode acarretar indevida transferência dos recursos públicos, com graves consequências ao orçamento de determinado ente federativo (ZAGANELLI *et al.*, 2017, p.123). A fim de se coadunar os interesses do agente contratado e do principal contratante deve o Estado ampliar a transparência - via indicadores de desempenho e prestação de contas - e obter progressivo conhecimento do universo no qual contrata, a fim de que o Poder Público não seja capturado pelas entidades do Terceiro Setor quando da definição das metas do contrato de gestão, por eventual insipiência do nicho da saúde e de sua praxe. (LEITE, 2015, p. 36)

<sup>78</sup> José Carvalho dos Santos Filho (2014, p. 365), a esse respeito, considera que o termo *sequestro*, a ser processado conforme as normas do Código de Processo Civil, para efeitos da Lei das OS's, deveria ser substituído por *arresto*, na medida em que este se constitui em “apreensão cautelar de bens com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia”.

<sup>79</sup> O pedido feito ao Poder Judiciário pode incluir também, a depender do caso, a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações do investigado existentes no Brasil e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. E enquanto a ação estiver em curso cabe ao Poder Público permanecer como depositário e gestor dos bens e valores sequestrados ou indisponíveis, de modo a garantir a continuidade das atividades prestadas. (MARÇAL, 2014, p. 39)

Por fim, Zaganelli *et al.* (2017, p. 107-108) destacam as possibilidades que a Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação fomentou: as OS's passaram a ser obrigadas a disponibilizar, em seus sítios eletrônicos, os documentos públicos referentes à contratação. Nesse plano, a Lei abre caminhos a maior controle social contra fraudes ou desvios de recursos públicos, permitindo-se acesso a dados e a categorias de informações que, antes, não se encontravam disponíveis.<sup>80</sup> (MICHENER *et al.*, 2016, p. 16)

Igualmente, Zaganelli *et al.* (2017, p. 151-152) atribuem ao advento da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção um compromisso ainda maior pelo controle da atividade administrativa, reverberando nas OS's, uma vez que, segundo as autoras, o art. 7º deste diploma legal institui o setor de *compliance* a partir de “procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, na literalidade do inciso VII do referido artigo.<sup>81</sup>

Todas as maneiras de controle descritas nesta seção apontam que, para que as atividades e a própria sistemática das OS's se consolidem eficazmente, não pode o Poder Público e os demais agentes atuantes neste âmbito ignorarem a necessidade, num setor afeto a políticas públicas e aos direitos sociais – como é historicamente o setor da saúde –, de se garantir um fluxo permanente de recursos públicos aliado a um mais sólido controle social,<sup>82</sup> com a fiscalização dos resultados

---

<sup>80</sup> Registre-se que o Portal da Transparência do Estado de São Paulo (<<http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/principal.php>>), corretamente, disponibiliza o Acesso a Convocações Públicas (“resoluções de convocação pública de OSS interessadas em gerenciar unidades de saúde estaduais, com os respectivos prazos para manifestação de interesse e entrega de plano operacional”), o Portal Financeiro do Gestor (“reúne as modalidades de repasses - fundo a fundo, convênio e outros - e os contratos de atividades finalísticas e de manutenção dos serviços que são gerenciados por OSS”) e a Lei de Acesso a Informação, além de informar todas as entidades qualificadas como OS's que prestam serviços de saúde no Estado, indicando, inclusive, o sítio eletrônico, endereço postal e telefone de cada organização.

<sup>81</sup> As autoras ainda pontuam que “no âmbito privado é adotado o *full disclosure*, que consiste na divulgação completa de resultados provenientes dos riscos enfrentados por uma empresa aos investidores. Com muito mais razão, o mesmo procedimento deveria ser adotado no âmbito público, haja vista que toda uma população possui interesses na transferência do dinheiro público, principalmente, naquele dirigido ao setor privado, como no caso das OS's”. (ZAGANELLI *et al.*, 2017, p.153, grifo das autoras)

<sup>82</sup> O controle social, ainda incipiente na praxe brasileira, seria uma outra forma de garantir a idoneidade da prestação de serviços de saúde pelas OS's (MARÇAL, 2014, p. 39). Almeida (2006, p. 50) ressalta a importância de se incrementar o controle social das OS's, sobretudo para verificar-se se tais entidades, no âmbito da saúde, têm obedecido ao princípio da equidade no acesso aos seus serviços, cujos parâmetros não devem se restringir a uma racionalidade que tão somente averigue a

esperados a partir de cotejo comparativo das metas dispostas nos contratos de gestão, com observância do princípio da eficiência elencado no *caput* do art. 37 da Constituição (MORETTINI; SCHIER, 2016, p. 381, p. 385). E acerca desse princípio falaremos a seguir.

#### 4.3 OS'S, CONDIÇÕES DE ACESSO À SAÚDE E EFICIÊNCIA

Desde 2000, a conjuntura de programas de saúde no Brasil tem correspondido ao desafio de se retomar o crescimento e à definição de uma política efetiva de redução de desigualdades sociais, numa tipologia de ação e de estudos que compreenda a avaliação de resultados, o impacto das políticas sanitárias, o complexo produtivo e o processo de incorporação tecnológica na área da saúde. Na análise da política nacional de saúde, os temas concentram-se nos dilemas da relação entre gestão pública da saúde e o setor privado, incluindo, claro, o não lucrativo. (VIANA; BAPTISTA, 2012, p. 100)

Portanto, aspecto crucial dessa questão é a análise da eficácia e efetividade que as OS's podem trazer à concretização do direito fundamental à saúde, numa conjuntura não unicamente de Reforma, mas também, de correção hermenêutica do significado de “eficiência” e de suas decorrências.<sup>83</sup>

A aplicação da noção da eficiência nas OS's, ou antes, do princípio constitucional da eficiência, não deve ser pensado simplesmente numa perspectiva

---

relação custo/atendimento (ALMEIDA, 2006, p. 53). O controle social, com efeito, mostra-se condição essencial para que as OS's se tornem efetivamente um espaço público – mesmo que não estatal – e para impedir excessivos poderes discricionários dos gestores dessas entidades, com o intuito de barrar tendências eventuais de privatização dos serviços. E este controle será mais facilmente observado caso haja o incremento da participação de representantes da sociedade civil nos Conselhos de Administração que neutralize a apropriação das OS's por vontades desconformes às demandas da sociedade (ALMEIDA, 2006, p. 56).

<sup>83</sup> A esse respeito, registre-se preliminarmente que, sendo os sistemas de saúde complexos por definição e notavelmente variados, substancialmente envolvidos na realidade concreta, não é possível traçarem-se conclusões universais ou prontas. Na esteira do entendimento de Célia Almeida (2012, p. 919), as evidências empíricas que fortalecem ou infirmam os discursos reformadores sob a gramática de transparência, eficiência e equidade estão a ser edificadas de modo ainda insuficiente e juntas com a implementação das próprias estruturas oriundas das reformas: estas devem ser estudadas sempre em sua conjuntura espaço-temporal - vinculada que estão a processos amplos da dinâmica social que extrapolam, ultrapassam o setor da saúde - a fim de que se tornem possíveis, com efeito, a compreensão das origens dessas mudanças (e de suas complexidades decorrentes) e sua análise crítica e propositiva.

das ciências da administração, como mero emprego dos meios mais adequados para se alcançar determinadas metas de um contrato de gestão. Elucida Egon Bockmann Moreira (2017, p. 243) que a positivação constitucional desse princípio consiste em mais um parâmetro de controle das relações das quais a administração pública faça parte, a partir de uma hermenêutica de aplicação benéfica da norma ao cidadão, isto é, que amplie sua esfera de direitos.<sup>84</sup>

Em outros termos, o cumprimento do princípio da eficiência não possui o condão de afastar outras posições jurídicas advindas da gramática constitucional. A compreensão de um sistema constitucional coeso impõe, na verdade, uma vedação a práticas ineficientes por parte da administração:

Então, o princípio da eficiência relaciona-se não apenas com a finalidade normativa, mas especialmente com o *modo de execução* de tal finalidade. Em um Estado Democrático de Direito não vale a regra do *atingimento da eficácia a qualquer custo*, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão. (MOREIRA, 2017, p. 241, grifos do autor)

Significa dizer: a eficiência das OS's na prestação de serviços de saúde deve ser mensurada não apenas a partir do controle de metas estabelecidas nos contratos de gestão, mas também da averiguação de que o direito fundamental à saúde seja proporcionado àqueles que se dirigem a essas entidades. A simples conformação das metas com cláusulas contratuais não permite a afirmação de uma gestão eficiente de OS's de saúde (MOREIRA, 2017, p. 242). Por conseguinte, o dever de verificar e fiscalizar a atividade delegada de prestação de serviço de saúde será mais preciso se o controle externo descrito na seção anterior não deixar de considerar sobremaneira os direitos dos cidadãos, para além de mera análise de custos e de cumprimento de cláusulas contratuais, numa noção quantitativa estanque.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Não é possível olvidar, a propósito, a palavra de Chevallier (2002, p. 18-19 *apud* MÂNICA, 2010, p. 15), quem afirma que a ciência do direito deve engrandecer suas visões, avaliando empiricamente as condições de aplicação das normas jurídicas, ultrapassando o mero estudo dogmático de leis e a simples análise de julgados, a fim de se aproximar da realidade e do melhor funcionamento concreto que o direito público deve apresentar.

<sup>85</sup> Nesse sentido, Lester Salamon (1998 *apud* FALCONER, 1999, p. 16) já salientava, antes da alvorada do novo milênio, que o desafio central para os gestores de entidades sem fins lucrativos consistiria não somente no mero aprimoramento da gerência de suas organizações, mas também na busca perene de soluções para os problemas públicos por meio da gestão dos complexos relacionamentos colaborativos presentes nos três setores (público estatal, privado e público não-estatal). A solução desses referidos problemas não seria responsabilidade única do Estado, mas

Feita esta sintética consideração, pode-se trabalhar melhor o plexo de relações entre a dinâmica do sistema de saúde no Brasil e a busca de eficácia e eficiência na prestação deste direito fundamental no país por organizações sociais. Assim, benquisto o caráter descritivo dessa monografia, passa-se aos apontamentos minuciosos realizados por Quinhões (2009) quanto à mensuração da eficiência das OS's de saúde no quadro de entidades atuantes no Estado de São Paulo, a fim de se averiguar se essas organizações podem contribuir, de alguma forma, para um aprimoramento da qualidade do gasto corrente e se elas são adequadas para gerir o provimento de serviços hospitalares.

Primeiramente, segundo o autor (QUINHÕES, 2009, p. 34), a análise da implementação do modelo de governança das OS's pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo confirmou que o distinto desempenho dos hospitais geridos pelo Terceiro Setor é um importante fator para a expansão do modelo híbrido para outros hospitais e para um incremento de eficiência em relação aos gastos públicos hospitalares, na medida em que - comparando-se modelos geridos pelos grupos hospitalares da administração direta com os das OS's - se deduziu que as unidades de saúde OS's efetuaram um maior número de atendimentos ambulatoriais e de internação por consultório e por leito disponíveis, produzindo-se, ademais, maior número de serviço em razão de *quantum* de pessoal:

Isso pode ser constatado pelo fato de que cada leito dos hospitais OSSs proporcionou, em média, 20% mais altas hospitalares, sendo essa diferença muito maior para os leitos cirúrgicos, com 60,5% mais altas para cada leito.

---

também não deveria ser transferida integralmente para o Terceiro Setor. Assim, os gestores, nesse contexto de "relacionamentos colaborativos" cunhados por Salamon, deveriam focar na resolução de questões e na criação de parcerias, para além de uma perspectiva simplista voltada a um tipo de organização e a suas necessidades. Salamon, dessa maneira, sugere que os gestores de *nonprofits* e de agências governamentais sejam formados lado a lado, inclusive porque a carreira desses profissionais contempla a administração pública e o Terceiro Setor (FALCONER, 1999, p. 17). Nas origens das OS's no Brasil, há vinte anos, Falconer (1999, p. 20) já comentava que era cediço pela doutrina especializada na matéria que o maior desafio do Terceiro Setor consistiria no desenvolvimento da capacidade gerencial das entidades prestadoras de serviços em parceria com o Poder Público, sendo que o maior adversário ao crescimento e à consolidação das OS's mostrava-se ser, justamente, a baixa competência em gestão. Interessante observar quais eram - à época do início da institucionalização das OS's no país - as concepções acerca das condições que as OS's teriam de cumprir para que pudessem ser bem sucedidas. Na visão de Falconer (1999, p. 22), os principais aspectos a serem então desenvolvidos na gestão do Terceiro Setor que serviriam como um guia para o aperfeiçoamento das OS's seriam *accountability*, qualidade de serviço, sustentabilidade e capacidade de articulação institucional - aspectos estes que levariam o Terceiro Setor à provisão efetiva de bens à sociedade, à conciliação de autonomia com mobilização de recursos e ao enfrentamento dos problemas públicos.

A taxa de ocupação hospitalar foi 21,4% superior, e o intervalo de substituição de leito – que nesses hospitais foi inferior a um dia para substituir um paciente internado – na administração direta foi de quase dois dias (1,979 dias), ou seja, 2,72 vezes mais tempo. Os hospitais OSSs também produziram mais serviços por pessoal disponível. Foram realizadas 10% mais internações por médico; foram utilizados 9% mais médicos por leito operacional e 1,6% menos funcionários por leito. Os melhores indicadores de eficiência não foram obtidos à custa de uma piora na qualidade do atendimento. Apesar de os hospitais OSSs terem uma clientela um pouco mais velha e conseqüentemente haver um indicativo de atendimentos que requerem maior complexidade de atenção, a taxa de mortalidade geral foi quase idêntica à verificada nos hospitais da administração direta e até inferior (1%).<sup>86</sup> (QUINHÕES, 2009, p. 34)

Todavia, Soares *et al.* (2016, p. 846) defendem a impossibilidade de comparação de desempenho de eficiência entre hospitais geridos pela administração direta e aqueles sob responsabilidade das OS's, porquanto haveria ponderosas limitações nas evidências empíricas e na metodologia dos estudos revisados pelas autoras, impossibilitando qualquer conclusão definitiva acerca da maior ou menor eficiência das OS's na gestão de serviços de saúde em relação à gestão pública do SUS. (SOARES *et al.*, 2016, p. 847)

---

<sup>86</sup> Além disso, Quinhões (2009, p. 35) assevera que, a partir dos dados coletados, a eficiência maior das OS's também pôde ser mensurada pela redução do grau de incerteza comportamental e ambiental se comparado com aquele da administração direta. Na visão do autor, os parâmetros que indicam maior eficiência das OS's poderiam ser considerados pelos gestores públicos de saúde na construção de alternativas de governança hospitalar, aperfeiçoando-se as formas de despesas públicas sem se esquecer dos tradicionais instrumentos de controle à disposição do Poder Público, da decorrente responsabilização ante a sociedade, do cumprimento das disposições da Secretaria de Saúde e das prerrogativas de atendimento no sistema de saúde. Para aumentar a eficiência do SUS, Quinhões (2009, p. 8) acredita que o melhor caminho consiste no avanço da qualidade da governança pública por intermédio da ampliação da autonomia decisória dos dirigentes, do monitoramento intenso do desempenho das instituições prestadoras dos serviços, da melhoria dos sistemas de informação, da análise permanente dos fatores considerados estratégicos acerca da escala de operação e da eficiência interna e de uma integração maior entre as unidades hospitalares e outros níveis do SUS. Igualmente analisando o início da experiência das OS's em São Paulo no tocante aos indicadores de eficiência de serviço dessas organizações, com base em dois hospitais geridos pela administração direta e dois hospitais geridos por OS's, Barbosa e Elias (2010, p. 2489) observaram nestes uma melhor razão funcionário-leito, com uma taxa de ocupação média mais favorável às OS's, com 85% nesse quesito, em relação aos hospitais da administração pública direta, com 79% - superando a taxa de ocupação de 75% prevista nos contratos de gestão no triênio 2001-2003. Para os autores, ainda, as OS's melhor utilizam a capacidade instalada de Recursos Humanos, graças ao limite de despesa imposto pelo contrato de gestão e à necessidade de se cumprir as demais metas estabelecidas no termos de ajuste nas circunscções do orçamento posto. Ademais, Barbosa e Elias pontuam que a progressiva ampliação da oferta de serviços das OS's e a dificuldade para contratação de pessoal para satisfatoriamente atender as demandas nas unidades da administração pública são fatores que elucidam a tendência, ainda que não grande, de aumento na proporção funcionário/leito das OS's. (BARBOSA; ELIAS, 2010, p. 2490)

Nada obstante tal alerta, registre-se que as próprias autoras reconhecem os benefícios que a gestão do Terceiro Setor propicia à prestação de saúde de unidades hospitalares, no sentido de que as OS's são estruturadas para angariarem as seguintes vantagens diretas oriundas da flexibilização administrativa prevista no ordenamento que as regula: autonomia na definição de plano de cargo e salários; regramento específico para contratação e seleção; possibilidade de complementação salarial; elaboração de normas próprias de compras e contratação de serviços; considerável liberdade de execução financeira dentro do contrato de gestão e do orçamento global dos recursos previstos. (SOARES *et al.*, 2016, p. 846)

Defender as possibilidades técnico-jurídicas e de aprimoramento de gestão das OS's na área da prestação de serviços de saúde não significa, em absoluto, duvidar ou desmerecer a importância estruturante do Sistema Único de Saúde na concretização do direito social à saúde garantido pelo ordenamento constitucional brasileiro. Trata-se, ao contrário, de se atentar aos paradigmas contemporâneos do direito público para que se busque a integração sistemática e coordenada das melhores formas para a efetivação de um direito fundamental, tal qual exposto no primeiro capítulo desse trabalho.<sup>87</sup>

Nada obstante as garantias normativas desenhadas pelo sistema constitucional-legal da saúde, de cuja importância não se pode descurar, não se pode desmerecer, outrossim, aquilo que Mânica (2010) ressalta não uma única vez: a improbabilidade de, mantido o contexto atual, a cobertura assistencial universal e gratuita à saúde tornar-se suficiente no Brasil, dado que (i) o país não investe recursos suficientes para um sistema desta natureza, (ii) não existe nenhuma demarcação no setor público de atendimento diferenciado de grupos de pessoas, (iii) não se observa uma definição clara dos serviços a serem disponibilizados pelo sistema público e que (iv) é adotada uma ampla concepção de saúde que se

---

<sup>87</sup> Assim, podemos concordar com Barbosa e Elias (2010, p. 2494) quando estes concluem que tanto a extraordinária complexidade do SUS quanto os problemas de execução num país com contextos tão destoantes determinam a obrigatoriedade de o Poder Público experimentar inovadoras formas de gestão de serviços de saúde aptos a proporcionar aprendizagem organizacional que leve ao desenvolvimento do sistema inaugurado com a Constituição.

aproxima de escopos subjetivos de difícil aferição, tais quais, na visão do autor, qualidade de vida e felicidade.<sup>88</sup> (MÂNICA, 2010, p. 173)

Por isso Mânica proclama (2010, p. 232), ao observar as principais dificuldades que as unidades públicas têm enfrentado ao longo da experiência do SUS segundo o Conselho Nacional de Secretário de Saúde (CONASS) (BRASIL, 2008, p. 14)<sup>89</sup>, que se por um lado se percebeu uma enfraquecida contratualização pública dos prestadores privados de saúde (conforme prevê a própria Constituição e discutido no capítulo 1 dessa monografia), por outro, a prestação desses serviços diretamente pela administração pública não propiciou suficientes soluções.<sup>90</sup>

Parte do esforço de efetivação da saúde pública deve passar pela compreensão de que a implementação do SUS foi dificultada (i) pela concentração de serviços de saúde nas regiões mais desenvolvidas e (ii) pelo seu constante subfinanciamento, de modo que, dentre os desafios futuros do SUS,<sup>91</sup> estarão justamente (a) a reforma estrutural de seu financiamento, na luta pela garantia de universalidade, igualdade e sustentabilidade, (b) a renegociação das funções dos

---

<sup>88</sup> Arremata o autor: “nesse contexto, a soma dos fatores mencionados — os quais decorrem da interpretação distorcida do ordenamento constitucional da saúde, aliada à característica dos serviços de saúde, nos quais *a oferta induz a demanda e as necessidades são criadas pelas novas tecnologias* — conduz à impossibilidade permanente de oferecimento de uma cobertura assistencial suficiente. É importante lembrar que mesmo os países desenvolvidos, como já assinalado nos Capítulos 2 e 3, possuem disciplina consolidada e respeitada, que delimita *o pacote de serviços prestados no âmbito público, admitem cobrança de parcela dos serviços e investem mais do que o Brasil* em seus sistemas de saúde. (MÂNICA, 2010, p. 173-174, grifos do autor)

<sup>89</sup> Dentre os principais problemas, o CONASS (BRASIL, 2008, p. 14) destaca os que seguem: “dificuldades de contratação, principalmente para incorporar e/ou repor recursos humanos com agilidade, considerando as especificidades da área da Saúde Pública, como, por exemplo, para serviços de urgência/emergência; dificuldades de incorporar recursos humanos de acordo com a quantidade e a necessidade dos serviços e o perfil da clientela atendida; dificuldades de reposição do estoque de insumos diversos e de manutenção de equipamentos de saúde; falta de capacidade de gerência dos hospitais públicos que dificulta a adoção de mecanismos eficientes e resolutivos que qualifiquem o cuidado e permitam o monitoramento e avaliação dos resultados; problemas no financiamento das unidades em decorrência da forma atual de remuneração por produção de serviços; elevado custo de manutenção; falta de racionalização interna que provoca desperdícios notadamente na área de logística de insumos”.

<sup>90</sup> A necessidade de se aperfeiçoar o acesso da população à saúde pode ser compreendida se verificada a constatação de Mânica (2010, p. 84) de que a segmentação da assistência deste direito social não concentra seus esforços nas camadas demográficas menos privilegiadas, mas antes proporciona a prestação indistinta e gratuita de serviços de alto nível tecnológico-científico (somados com oferta de medicamentos de elevado custo) ao mesmo tempo - e não obstante a gratuidade e universalidade tão aventadas - em que *é inepta em garantir serviços de atenção básica de saúde àqueles que mais necessitam e não possuem meios fáticos de consegui-los no mercado de saúde*.

<sup>91</sup> Sem se esquecer do necessário atendimento dos princípios e diretrizes basilares do SUS, que são, sinteticamente, universalidade no acesso, igualdade e integralidade na assistência, participação da comunidade e a descentralização, regionalização e hierarquização de ações e serviços de saúde.

atores públicos e privados atuantes no setor, (c) a permanente atenção destes às rápidas transformações demográficas e epidemiológicas brasileiras e (d) o aprimoramento da qualidade do cuidado dos cidadãos. (PAIM *et al.*, 2011, p. 11)

Os problemas de financiamento e de desigualdades e, especialmente, as tensões entre as parcerias e demais relações público-privadas na saúde não serão solucionados apenas no âmbito da perspectiva tecnicista pertinente às bases normativas - bases sobre as quais já se estabeleceu considerável experiência operacional - como também, e principalmente, na consciência e na ação prática em favor da sustentabilidade política, econômica e científico-tecnológica do SUS. (PAIM *et al.*, 2011, p. 28)

Nessa perspectiva, terminamos este último capítulo não apenas defendendo o entendimento de serem as OS's, em parte, um horizonte de potencialidades, com muitos aperfeiçoamentos a serem desenvolvidos (conforme exposto neste capítulo derradeiro), mas também uma realidade concreta de efetivação do direito fundamental à saúde que se soma aos muitos esforços de oferta de acesso desse serviço à população. Registre-se, ainda, o alerta de que o financiamento público das OS's impõe que estes recursos sejam aplicados no atendimento do próprio SUS, pois, de outra maneira, ocorreria a indevida, incoerente e contraditória apropriação de verbas públicas por pessoas jurídicas de direito privado para atendimento da saúde privada, não universal.

Assim sendo, deve o Poder Público, em todas as esferas federativas, ampliar as perspectivas de gestão de unidades de saúde, abrindo caminhos institucionais que permitam incrementar o atendimento à população e ampliar o acesso aos serviços de saúde. Conforme Quinhões (2009, p. 36), canalizar esforços nesse sentido é um modo apto a consolidar o SUS, mormente em seu aspecto de universalidade.<sup>92</sup>

Ficamos, por fim, com Amartya Sen, para quem, em seu clássico *Desenvolvimento como liberdade*, o custeio público e a garantia do direito à saúde não devem ser perquiridos por um país apenas depois que se torne rico, senão que

---

<sup>92</sup> Não estando o Brasil, ainda, numa situação de obter fácil e adequadamente os benefícios da descentralização da prestação de serviços de saúde, já que se observa a insuficiente capacidade institucional das estruturas de atendimento, as quais não fomentam a transparência de resultados e a melhoria de desempenho. (QUINHÕES, 2009, p. 36)

a qualidade de vida pode ser melhorada substancialmente antes da pujaça (SEN, 2015, p. 71) - o que seria, inclusive, produtivo para o crescimento econômico, já que a adequada e inclusiva prestação de serviços de saúde incrementa o potencial de a pessoa obter melhores rendas (livrando-se, por conseguinte, da pobreza ligada a este aspecto) (SEN, 2015, p. 124). Por isso mesmo, a noção de eficiência na provisão social das necessidades básicas deve ser suplementada pelo argumento em favor da equidade do amplo acesso. (SEN, 2015, p. 172)

## 5 CONCLUSÕES

O advento dos paradigmas contemporâneos de direito público abriu novas oportunidades de relacionamentos entre Estado e o setor privado. A superação de um viés estanque de prestação de serviços públicos restrita aos órgãos e entidades da administração permitiu que o Estado reconhecesse a possibilidade de o nascente Terceiro Setor contribuir na consecução de direitos fundamentais, eixo axiológico central na Constituição Federal, e cuja concretização consiste, com efeito, num dos escopos primordiais do Poder Público.

A presente monografia pretendeu, então, elucidar o papel que as organizações sociais de saúde não só podem assumir, como já assumem, elencando alguns pontos essenciais acerca do regime jurídico aplicado a essas entidades, assim como a função que efetivamente exercem nessa seara.

Traçados os pressupostos paradigmáticos e jurídicos que informam a prestação de saúde pública por essas organizações, foram descritas experiências concretas no Estado de São Paulo, onde mais se concentram os serviços de saúde executados pelo Terceiro Setor, e as dificuldades enfrentadas pelas OS's no âmbito de gestão e, também, no de ideias, abarcando as reações doutrinárias desenvolvidas nos últimos anos e a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal em favor da constitucionalidade desse modelo de prestação.

O percurso levou o presente trabalho, em seguida, à descrição de soluções encontradas na prática de gestão dessas entidades, bem como à conclusão de que apenas com efetivo e inafastável controle as OS's poderão ofertar serviços adequados e satisfatórios, ao mesmo tempo em que respeitem os valores do republicanismo de responsabilidade na gestão de recursos públicos.

Por fim, uma leitura dos elementos aqui brevemente discutidos poderá permitir, em alguma medida, não apenas a compreensão da viabilidade das reformas no segmento hospitalar e dos procedimentos organizacionais e gerenciais decorrentes da dinâmica das OS's, como também dos problemas históricos que ainda obstam o acesso à saúde e da necessária inafastabilidade de prestação equitativa e adequada de serviços de saúde como direito social de cidadania, de um cidadão que não é mero administrado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Célia. Reforma de sistemas de saúde: tendências internacionais, modelos e resultados. In: **POLÍTICAS e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed., rev. amp Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. p. 871-922.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-349.

ALMEIDA, Karen Santana de. Setor público não estatal: (des) caminhos do controle social e da equidade no acesso aos serviços das organizações sociais da saúde. **Revista Brasileira Extensão Universitária**, v. 4, n. 2, jul/dez 2006. p. 49-57. Disponível em: <<https://doaj.org/article/634827bab732490f89529828156a4b0d>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; BRAVO, Maria Inês Souza. Privatização da gestão e organizações sociais na atenção à saúde. **Trab. Educ. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, set./dez. 2014. p. 499-518. Disponível em: <<https://doaj.org/article/465e584d6b61463584d4b79bdfc73ddc>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.

ASENSI, Felipe; RIBEIRO, Glaucia Maria de Araújo. Estado e serviços públicos de saúde: uma análise do debate sobre as organizações sociais no Supremo Tribunal Federal, **Quaestio Iuris**, v. 8, nº. 3, Rio de Janeiro, 2015. p. 1646-1662.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARATA, Luiz R. Barradas *et al.* Comparação de grupos hospitalares no Estado de São Paulo. **Rev. Adm. Saúde**, v. 13, nº 52, jan-mar 2009, p. 173-180. Disponível em: <[cqh.org.br/portal/pag/anexos/baixar.php?p\\_ndoc=213&p\\_nanexo=99](http://cqh.org.br/portal/pag/anexos/baixar.php?p_ndoc=213&p_nanexo=99)>. Acesso em: 11 set. 2018.

BARBOSA, Nelson Bezerra; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. As organizações sociais de saúde como forma de gestão público/privado. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, nº 5, ago. 2010, p. 2483-2495. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csc/2010.v15n5/2483-2495/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2015

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na Reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização**. São Paulo: Manole, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BOMFIM, Vagner Oliveira. Indicadores Hospitalares e as Organizações Sociais. **Rev. Adm. Saúde**, v. 13, nº 52, jul-set 2011, p. 173-180. Disponível em: <[http://cqh.org.br/portal/pag/doc.php?p\\_ndoc=123](http://cqh.org.br/portal/pag/doc.php?p_ndoc=123)>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.828/2016**. Disponível em: <[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091878](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091878)>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretário de Saúde. **Gestão e financiamento do Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2008.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Resolução n.º 223 Conselho Nacional de Saúde, de 08 de maio de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 maio 1997. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1997/Reso223.doc>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.923/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do Acórdão: Min. Luís Fux, Brasília, 01 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. Entre o estado e o mercado: o público não estatal. Trad. Noêmia A. Espíndola. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria (Org.). **O público não estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 15-48.

CAMPOS, Rosana Onocko. Planejamento em saúde: a armadilha da dicotomia público-privado. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 198-207.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. **Estudos em homenagem ao Prof. doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. p. 705-722.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil. In: IOSCHPE, Evelyn Berg, (org.) **3o Setor: Desenvolvimento Social Sustentado**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: \_\_\_\_\_. **La crisis del Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 101-160.

CENTRO Brasileiro de Estudos de Saúde. Necessidade de reformar a estrutura administrativa do gerenciamento público dos estabelecimentos públicos de prestação de serviços de saúde. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 296-300.

CHEVALLIER, Jacques. **Science Administrative**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. Florianópolis; [Brasília]: UFSC; CAPES; UAB, 2009.

COLI, Guilherme Mantovani. **As organizações sociais e a ADI 1923-DF: o que já pensava o TCU sobre essas entidades?**. 2015. 71 f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público- SBDP, São Paulo. Disponível em: <[www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/284\\_Guilherme\\_Coli.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/284_Guilherme_Coli.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2018.

CONTREIRAS, Henrique; MATTA, Gustavo Corrêa. Privatização da gestão do sistema municipal de saúde por meio de organizações sociais na cidade de São Paulo, Brasil: caracterização e análise da regulação. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, fev. 2015. p. 285-297. Disponível em: <[https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2015000200285&script=sci\\_arttext&lng=en](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2015000200285&script=sci_arttext&lng=en)>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CORREIA, Maria Valéria Costa. A influência do banco mundial na orientação da política de saúde brasileira. **III Jornada internacional de políticas públicas: questão social e desenvolvimento no século XXI**, São Luís, 2007. p. 1-7. Disponível em: <[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/768279009323136cf7b0Maria\\_valeria.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/768279009323136cf7b0Maria_valeria.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2018.

COSTA, Laís Silveira *et al.* A prestação pelo setor público não estatal dos serviços de saúde pública: análise de hipóteses e potencialidades. **Revista do Serviço Público**, v. 61, nº 3, 2010. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/49>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DONADONE, Julio Cesar. A saúde pública intermediada por organizações sociais: arranjos e configurações nas últimas duas décadas no Brasil. **Revista de Estudios Latinoamericanos**, jul./dez. 2014, v. 59. p.69-98. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-8574201400020004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-8574201400020004)>. Acesso em: 31 jul. 2018.

DUAILIBE, Felix D. de Barros. **Os mecanismos de controle previstos para as organizações sociais de saúde no Brasil**: a comparação com mecanismos correlatos no controle de serviços de saúde. 179 f. Dissertação (Mestrado em Medicina) - Pós-Graduação em Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde.../FelixDuarteBarrosDuailibe.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde.../FelixDuarteBarrosDuailibe.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2018.

FALCONER, Andres Passos. A promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão. **Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor (Universidade de São Paulo)**, São Paulo, 1999. Disponível em: <[http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/andres\\_falconer.pdf](http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/andres_falconer.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

FERNANDES, Talita. O banco mundial e sua relação com as políticas de saúde. **VIII Jornada internacional de políticas públicas**: para além da crise global - experiências e antecipações concretas. São Luís, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GHAUS-PASHA, Aisha. Role of civil society organizations in governance. In: **Public administration and democratic governance**: governments serving citizens. 7th Global Forum on Reinventing Government: Building Trust in Government, 26-29 June 2007, Viena, Austria. New York: United Nations, 2007. p. 235-274.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da new public governance. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 42, abr-jun. 2013. p. 141-169.

GRAEF, Aldino; SALGADO, Valéria. **Relações de parceria entre o Poder Público e entes de cooperação e colaboração no Brasil**. Brasília: Editora IABS; 2012.

HEIMANN *et al.* A relação público-privado e o pacto pela saúde: novos desafios para a gestão em saúde. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 208-219.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LA FORGIA, Gerard M.; COUTTOLENC, Bernard F. **Desempenho hospitalar no Brasil**: em busca da excelência. São Paulo: Singular, 2009.

LEITE, Adriana M. G. Nascimento. **Organizações sociais de saúde e controle externo**: uma análise a partir do Tribunal de Contas de Pernambuco. 158 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, 2014. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/13212>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela lei nº 11.127 de 2005 e terceiro setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino (coord.). **Direito do terceiro setor**: atualidades e perspectivas. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2006. p. 157-170.

LOBATO, Lenaura V. Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: **POLÍTICAS e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed., rev. amp Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. p. 107-140.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à lei das Oscips. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino (coord.). **Direito do terceiro setor**: atualidades e perspectivas. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2006. p. 17-42.

\_\_\_\_\_. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARÇAL, Taísa Passoni. **O modelo das organizações sociais**: análise à luz da Lei nº 9.637/98 e do julgamento da ADI 1.923-DF. 2014. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <[bdm.unb.br/handle/10483/9836](http://bdm.unb.br/handle/10483/9836)>. Acesso em: 11 set. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29113>>. Acesso em: 18 maio 2018.

\_\_\_\_\_. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-415.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. A reforma sanitária brasileira e as relações entre o público e o privado. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p.180-197.

MICHENER, Gregory *et al.* **Estado brasileiro e transparência**: avaliando a aplicação da Lei de Acesso à Informação. Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <[http://transparencia.ebape.fgv.br/sites/transparencia.ebape.fgv.br/files/105\\_-\\_brasil\\_-\\_estado\\_brasileiro\\_e\\_transparencia\\_0.pdf](http://transparencia.ebape.fgv.br/sites/transparencia.ebape.fgv.br/files/105_-_brasil_-_estado_brasileiro_e_transparencia_0.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2018.

MODESTO, Paulo. O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-PAULOMODESTO.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5. ed. atual., rev. e aument. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Vital Martins. Os serviços tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n.1, jan-mar. 2003. p. 227-248.

MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; SCHIER, Adriana. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5846899>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

MUNIZ, Marcelo Augusto do Nascimento; BROTTTO, Marcio Eduardo. Política de saúde e organizações sociais: limites para a consolidação da universalização da saúde no Rio de Janeiro. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 20, n 1, p.

153-170, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v20n1p153-170>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

NOGUEIRA, Roberto Passos. O desenvolvimento federativo do SUS e as novas modalidades institucionais de gerências das unidades assistenciais. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 24-47.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira. O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos. In: \_\_\_\_\_. **Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2006. p. 101-138.

\_\_\_\_\_. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ONozato, Érika; TEIXEIRA, Rivanda Meira. Processo de criação de organizações com fins sociais: estudo de casos múltiplos em Curitiba - Paraná. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 13, n. 3, set/dez 2010. p. 38-52. Disponível em: <<https://cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/267>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

PAES, José Eduardo Sabo. O Estado brasileiro e as organizações sociais: reflexões a respeito da constitucionalidade da parceria contida na Lei 9.637/98 nos termos da ADI nº 1.923 em julgamento no STF, **Direito em Ação**, Brasília, v. 9, n. 1, jul./dez. 2012. p. 171-234. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5067>>. Acesso em: 21 set. 2018.

PAHIM, Maria Luiza Levi. **Organizações Sociais de Saúde do Estado de São Paulo: inserção privada no SUS e gestão financeira do modelo pela Secretaria de Estado da Saúde** (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 2009.

PAIM, Jairnilson *et al.* O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **Lancet**. (Série Brasil). 2011; p. 11-31. Disponível em: <<http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

QUINHÕES, Trajano A. Tavares. **O modelo de governança das organizações Sociais de saúde (OSS) e a qualidade do gasto público hospitalar corrente**.

2009. 41 f. Monografia. Finanças Públicas – XIV Prêmio Tesouro Nacional. Disponível em: <[www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2009\\_Tema4\\_1.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2009_Tema4_1.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2018.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Contratos de gestão no Brasil: administração pública consensual ou fuga do estado?. **Revista da AGU**, ano 12, nº 38, out./dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/24>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. O Banco Mundial e o Sistema Único de Saúde brasileiro no início do século XXI. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 25, n. 2, p.263-276, 2016. Disponível em: <[https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0104-12902016000200263&script=sci\\_arttext&lng=pt](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0104-12902016000200263&script=sci_arttext&lng=pt)>. Acesso em: 26 jul. 2018.

ROCHA, Julio Cesar. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALAMON, Lester M. Nonprofit Management Education: A Field Whose Time Has Passed?. In: O'NEILL, Michael; FLETCHER, Kathleen. **Nonprofit Management Education: U.S. and World Perspectives**, Westport: Praeger, 1998.

SANO, Hironobu. **Nova gestão pública e accountability: o caso das organizações sociais paulistas**. São Paulo: FGV/EAESP, 2003.

SANTOS, Lenir. Administração pública e a gestão de saúde. In: **GESTÃO pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 68-86.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. 4. reimpr. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOARES Gabriella Barreto *et al.* Organizações Sociais de Saúde (OSS): Privatização da Gestão de Serviços de Saúde ou Solução Gerencial para o SUS?.

**Revista Eletrônica Gestão & Saúde**, nº 2, 2016, p. 828-850. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5555892>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANA, Ana L. d'Ávila *et al.* Modelos de atenção básica nos grandes municípios paulistas: efetividade, eficácia, sustentabilidade e governabilidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 11, nº 3, 2006, p. 577-606.

VIANA, Ana L. d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana W. de Faria. Análise de políticas de saúde. In: **POLÍTICAS e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed., rev. amp Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. p. 65-106.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZAGANELLI, Juliana Costa *et al.* **Organizações sociais de saúde e a lei de acesso à informação**: transparência, economicidade e eficiência. Curitiba: Juruá, 2017.

## **ANEXO 1 - LEI Nº 9.637/1998**

LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

Conversão da MPv nº 1.648-7, de 1998

Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

### **CAPÍTULO I DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

#### **Seção I Da Qualificação**

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas 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.

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.

## Seção II

### Do Conselho de Administração

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Art. 4o Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

### Seção III

#### Do Contrato de Gestão

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1o.

Art. 6o O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7o Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a

estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

#### Seção IV

#### Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela

fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1o O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2o Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3o Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

## Seção V

### Do Fomento às Atividades Sociais

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1o São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2o Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3o Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

§ 3º O servidor cedido que não atua diretamente na unidade que exerce a atividade publicizada perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem quando for ocupante de primeiro ou segundo escalão na organização social. (Redação dada pela Medida Provisória nº 850, de 2018)

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

## Seção VI

### Da Desqualificação

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores

entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

## CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 19. As entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos. (Regulamento)

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: (Regulamento)

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2o No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3o É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4o Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintas terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1o e 2o do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso

financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1o A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6o e 7o.

§ 2o Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas.

Art. 23. É o Poder Executivo autorizado a ceder os bens e os servidores da Fundação Roquette Pinto no Estado do Maranhão ao Governo daquele Estado.

Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009)

Parágrafo único. As disposições do caput aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009)

Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

Parágrafo único. As disposições do caput aplicam-se aos servidores que se

encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei.  
(Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória no 1.648-7, de 23 de abril de 1998.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de maio de 1998; 177º da Independência e 110º da República.