



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A privatização da saúde a partir dos novos modelos de gestão do 3º Setor

Michelle Desirée Ayres Morgado

Rio de Janeiro  
2016

MICHELLE DESIRÉE AYRES MORGADO

**A privatização da saúde a partir dos novos modelos de gestão do 3º Setor**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2016

## A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE A PARTIR DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO DO 3º SETOR

Michelle Desirée Ayres Morgado

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo:** A Lei Federal n. 9.637/98, por intermédio do Programa Nacional de Publicização, dispôs sobre a qualificação de entidades privadas, sem fins lucrativos, como organizações sociais com o objetivo de executar serviços públicos relevantes para a sociedade, em regime de parceria com o Poder Público, podendo para tanto absorver órgãos e entidades públicas que exerciam a atividade, provocando a sua extinção. Apesar de muito criticada, o STF declarou a sua constitucionalidade, estabelecendo apenas a interpretação conforme a CRFB/88 de alguns dispositivos, precipuamente para submetê-las à observância dos princípios que regem a Administração Pública. Apesar disso, o cenário atual demonstra a criação pelos demais entes federativos de OS que se desvirtuam do modelo federal, facilitam o desvio de verbas públicas e o desrespeito aos princípios administrativos, bem como podem implicar na transferência total da atividade, violando frontalmente o caráter de complementariedade atribuído à iniciativa privada pela CRFB quanto a saúde.

**Palavras-chave:** Organizações sociais. Modelo federal. Princípios de Direito Administrativo. Serviços de saúde. Atuação da iniciativa privada.

**Sumário:** Introdução. 1. A competência normativa dos entes federativos face ao modelo de gestão federal. 2. O regime jurídico de atuação das OS e a garantia dos princípios administrativos. 3. A impossibilidade de repasse total à iniciativa privada da prestação direta dos serviços públicos de saúde. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir as formas que tomaram os novos modelos de gestão do 3º Setor, concebidos a partir da Lei Federal n. 9.637/98, que tinha como objetivo fomentar a cooperação de entidades privadas em determinadas atividades sociais, mas que atualmente levam, especialmente quanto aos serviços públicos de saúde, a uma verdadeira privatização do setor de saúde.

Para tanto, serão analisadas as diretrizes que tais entidades tomaram após a regulamentação normativa realizada por cada ente federativo no âmbito de seus interesses, e a declaração de constitucionalidade do modelo federal atribuída com interpretação conforme a Constituição Federal pelo STF.

As organizações sociais, foram criadas com vistas a proporcionar uma melhor eficiência na prestação de serviços públicos sociais, não exclusivos do Estado, através da celebração de contratos de gestão da Administração Pública com entidades jurídicas sem fins lucrativos, podendo até mesmo acarretar na extinção dos órgãos e entidades que vinham exercendo tal atividade, e a sua conseqüente absorção pela OS.

Dessa forma, a grande vantagem das OS se torna também a maior preocupação, já que em razão de não se submeterem ao regime jurídico de direito público, receberem incentivos fiscais para o desenvolvimento das suas atividades, e até mesmo contarem com a cessão de servidores, tornam a gestão de importantes setores da sociedade bastante questionável e pouco controlável.

O primeiro capítulo do trabalho buscará analisar a amplitude da competência legislativa conferida à Administração Pública dos demais entes federativos em normatizarem seus próprios modelos de gestão, para demonstrar que foram a criados modelos com finalidade diversa da pretendida pela lei federal.

O segundo capítulo pretende observar se os critérios objetivos estabelecidos pelo STF como necessários à qualificação discricionária das OS, bem como para a celebração de negócios e a contratação de profissionais por estas entidades, seria suficiente para garantir o respeito aos princípios administrativos. A finalidade do capítulo é demonstrar que as OS, atuando fora do regime jurídico de direito público, facilitam o desvio de verbas públicas e o descumprimento da impessoalidade e moralidade administrativa, face a precária fiscalização existente.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a discutir se a adoção de modelos de gestão que impliquem no progressivo e completo repasse da prestação dos serviços públicos de saúde à iniciativa privada se coaduna com a Constituição Federal. O objetivo do capítulo é defender a impossibilidade da transferência total da atividade, tendo em vista que a ausência do Estado

na atuação direta na prestação dos serviços públicos de saúde viola a Constituição e a Lei Orgânica de Saúde.

A pesquisa a ser desenvolvida terá natureza qualitativa quanto a abordagem e descritiva quanto aos objetivos. Quanto aos meios será adotado a metodologia bibliográfica, utilizando-se a lei, doutrina e os posicionamentos já expostos pelo STF acerca do tema.

## **1. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS FACE AO MODELO DE GESTÃO FEDERAL**

A Lei Federal n. 9.637/98<sup>1</sup> criou o chamado Programa Nacional de Publicização, termo que foi bastante criticado na doutrina, tendo em vista que, como será visto mais adiante, pode implicar verdadeira privatização da forma de gestão estatal quanto aos serviços públicos sociais.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>, a referida lei federal não possui caráter nacional, portanto, a sua aplicação não é obrigatória quanto aos Estados e Municípios, mas deve ser seguida na elaboração das leis dos respectivos entes, conforme o seu campo de atuação.

Nesses termos, importa destacar os principais aspectos elencados pela lei federal quanto ao reconhecimento de qualificação jurídica de organização social, quais sejam: devem ser pessoas jurídicas de direito privado; não ter fins lucrativos; ter atividades dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; deve haver a existência de órgão de deliberação superior com participação de membros do Poder Público e membros da comunidade de notória capacidade profissional e idoneidade moral; obrigatoriedade de publicação em Diário Oficial dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; a atividade de fomento

---

<sup>1</sup>BRASIL. Lei 9637/98, 15 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>2</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 336.

do Poder Público pode consistir em repasse de recursos orçamentários, cessão de bens e servidores públicos, entre outras vantagens e requisitos previstos na lei.

Nesse sentido, a Lei n. 9.637/98<sup>3</sup> é de observância obrigatória apenas à União Federal nos contratos de gestão que vier a celebrar com as organizações sociais, mas os objetivos precípuos estabelecidos pela lei federal devem ser respeitados pelos diplomas que vierem a ser elaborados pelos demais entes federativos.

Com relação à competência legislativa dos demais entes federativos, essa se encontra inserida no âmbito da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 24, §2º, e dos Municípios, nos termos do art. 30, II, ambos da CRFB/88<sup>4</sup>. Portanto, não podem se desvincular por completo da norma geral.

No entanto, na prática, a ausência de um controle adequado da constitucionalidade das normas no âmbito da competência legislativa destes entes, bem como a incerteza de quais regras seriam de adoção compulsória pelas suas respectivas legislações, levaram a um estado de duvidosa constitucionalidade das organizações sociais que delas derivam.

Como por exemplo, a Lei n. 7.579/2000<sup>5</sup>, editada pelo Município de Uberlândia, no Estado de Minas Gerais, adota no art. 2º, parágrafo único, como critério para a qualificação de entidades como Organizações Sociais, os requisitos constantes da Lei Federal n. 9790/99<sup>6</sup>, que é a lei que regula as denominadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que embora se assemelhem às OS, possuem especificidades que com ela não se fungem.

---

<sup>3</sup>vide nota 1.

<sup>4</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>5</sup>BRASIL. Lei 7.579, de 06 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23855838/lei-n-7579-de-06-de-julho-de-2000-do-municipio-de-uberlandia>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>6</sup>BRASIL. Lei 9790/99, 23 de março de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm). Acesso em: 04 abr. 2016.

Assim, além de alterar os requisitos previstos na Lei n. 9.367/98<sup>7</sup> para qualificar uma entidade como organização social, a referida lei municipal mineira pretende adotar critério próprio da qualificação das organizações da sociedade civil de interesse público, cujo art. 2º, IX da Lei 9790/99<sup>8</sup>, dispõe expressamente que não podem receber tal qualificação as OS.

Assim como a lei municipal mineira, muitas outras legislações dos demais entes federativos acabam por desvirtuar a essência das organizações sociais, quando por exemplo, não fazem previsão de membros do Poder Público no Conselho de Administração, ignorando a relevância dada pelo modelo federal quanto a necessária sinergia que deve haver entre as OS, a sociedade e o Poder Público.<sup>9</sup>

O que se observa é uma total ausência de equidade em muitas legislações estaduais e municipais em comparação com o modelo federal, criando muitas vezes um modelo diverso que beira à inconstitucionalidade e foge da aplicação de princípios administrativos essenciais para a celebração deste tipo de contrato de gestão com entidades privadas.

## **2. O REGIME JURÍDICO DE ATUAÇÃO DAS OS E A GARANTIA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

O STF, instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Lei n. 9.637/98 e do inciso XXIV da Lei n. 8.666/93<sup>10</sup>, com redação dada pela Lei n. 9.648/98<sup>11</sup>, na ADIN 1.923/DF<sup>12</sup>, decidiu dar interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados, para que fosse adotado no procedimento de qualificação, na celebração do contrato de gestão,

---

<sup>7</sup>vide nota 1.

<sup>8</sup>vide nota 6.

<sup>9</sup>SILVA, Daniela Juliano. *Organizações sociais desvirtuadas*. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacoes-sociais-desvirtuadas,43701.html#\\_ftnref15](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacoes-sociais-desvirtuadas,43701.html#_ftnref15)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>10</sup>BRASIL. Lei 8.666/93, 23 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>11</sup>BRASIL. Lei 9.648/98, 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923/DF. Relator: Min. Ayres Brito. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

nas hipóteses de dispensa de licitação para contratação e outorga de uso de bem público, nos contratos a serem celebrados pelas OS com terceiros e, na contratação de pessoal, a observância dos princípios dispostos no caput do art. 37 da CRFB/88<sup>13</sup>, de modo a conduzir de forma pública, objetiva e impessoal todas essas atividades. Além disso, decidiu por afastar qualquer interpretação que restrinja o controle exercido, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), da aplicação de verbas públicas.

Com isso, se estabeleceu que as OS não se submetem ao regime jurídico de direito público, mas na gestão das suas atividades, precipuamente na celebração de contratos com terceiros e na contratação direta, eis que estão dispensadas de realizar licitação, devem observar os princípios constitucionais administrativos e atuar com critérios objetivos e impessoais, com publicidade e transparência.

É evidente que a redação original das leis pretendia, conforme salienta a professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>14</sup>, ao permitir que a organização social absorva a atividade exercida por ente estatal, utilizando-se do seu patrimônio público e de seus servidores, criar um mecanismo de fuga do regime jurídico público, eis que se teria uma pessoa jurídica de direito privado exercendo a mesma atividade antes exercida, com mesmo patrimônio, porém sem a submissão às “amarras” que se submete à Administração Pública.

A Constituição impôs à Administração Pública uma série de normas sobre licitação, concurso público, controle orçamentário, prestação de contas, não por mero formalismo, mas porque o respeito a essas diretrizes é essencial para proteger a coisa pública e a sua adequada gestão.

A criação de uma qualificação jurídica nova destinada a administrar serviços públicos essenciais sob o regime jurídico de pessoas de direito privado, ainda que se obrigue a

---

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>14</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 582.



observância de critérios objetivos e princípios administrativos constitucionais, viola o art. 37 da CRFB/88<sup>15</sup> e afronta o princípio republicano.

O postulado republicano repele privilégios e não tolera discriminações, impede o administrador realize escolhas arbitrárias, desvinculadas do interesse soberano do povo, portanto, eventuais exceções à obrigatoriedade de licitação e à realização de concurso público só se justificam perante situações excepcionalíssimas, cujo interesse público se sobreponha a esta regra.

Sem essa correlação lógica entre a peculiaridade da hipótese e a necessidade de tratamento desigual não é possível se estabelecer uma possibilidade legal de dispensa de licitação e concurso, pois não é permitido ao legislador simplesmente se arrear destes deveres quando lhe for conveniente.

Apesar disso, fato é que esta discussão perdeu a força após a mencionada decisão do STF que conferiu interpretação conforme a esses dispositivos, de forma a cancelar o modelo de gestão criado para as OS.

O problema que se tem atualmente é quanto à necessária fiscalização dessas entidades no que tange aos aspectos que se referem desde a sua qualificação como organização social e seleção para celebrar contrato de gestão com o ente federativo, até a análise contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, à medida em que recebem bens e recursos públicos.

O controle exercido é tanto interno, ou seja, aquele que se dá no âmbito do próprio Poder sobre os seus próprios atos, quanto externo, exercido pelo Ministério Público, Poder Judiciário e, mais essencialmente, pelos Tribunais de Conta Estaduais e da União, este último em razão da utilização de recursos federais repassados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

---

<sup>15</sup>vide nota 13.

Estabeleceu o TCU, em reiterados acórdãos, a necessidade que na transferência dos serviços de saúde para as OS se demonstre, através de estudo detalhado, ser o seu gerenciamento pela organização social a melhor opção para a Administração, bem como deve conter uma avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, uma planilha detalhada com a estimativa de custos para a execução dos contratos, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração de contratos, entre outras exigências.<sup>16</sup>

As orientações estabelecidas buscam garantir nesses modelos de gestão os princípios administrativos da eficiência, publicidade, moralidade, legalidade e impessoalidade, através de um mínimo exigível para que a atuação dessas entidades possa ser considerada legal e legítima.

Na prática, os diversos escândalos que são noticiados rotineiramente nos meios de comunicação revelam a ineficácia desse controle ante ao crescimento desenfreado das organizações sociais.

O TCU no acórdão n. 3239/2013<sup>17</sup> realizou um relatório de auditoria operacional com relação a determinados entes federativos e as respectivas OS atuantes no setor da saúde desses entes, e apontou diversas irregularidades na contratação dessas organizações que vão desde a completa inexistência de um contrato de gestão, até a deficiente prestação de contas, indícios de favorecimento de determinado grupo empresarial na contratação com o Poder Público, contratação com entidades de fins lucrativos, ausência de critérios objetivos na escolha da OS e na sua qualificação, análise meramente curricular para contratação de

---

<sup>16</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3239/2013. Relator Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB\\_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Fdocord%2F20131129%2Fac\\_3239\\_47\\_13\\_p.doc&usg=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bvm=bv.134495766,d.Y2I](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Fdocord%2F20131129%2Fac_3239_47_13_p.doc&usg=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bvm=bv.134495766,d.Y2I)>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>17</sup>vide nota 16.

peçoal, ausência de memória de cálculo quanto aos valores estimados para a contratação e para a revisão de aditivos que elevam consideravelmente os custos, entre muitas outras.

Trata-se de um quadro preocupante que aponta para a desvirtuação do modelo de gestão que se pretendia criar com a lei federal, com a malversação de recursos públicos e completo descomprometimento com a transparência e eficiência na prestação de serviços públicos de melhor qualidade para a sociedade.

A ausência de um monitoramento eficaz das atividades e do desempenho dessas organizações facilita a corrupção e o desvio de verbas públicas no âmbito da gestão exercida por tais entidades. A preponderância de um mero controle de legalidade do ato administrativo, como se tem realizado, não se demonstra suficiente, tendo em vista ainda que contribui para a existência de um aparato com menos qualidade e menos efetivo na prestação dos serviços.

A quantidade de organizações sociais tem se proliferado em ritmo mais acelerado que a eficiência que os modelos de controle existentes conseguem acompanhar. Em alguns entes federativos o repasse dos serviços de saúde à essas entidades já é quase total, e o risco de comprometimento de um serviço público tão essencial quanto a saúde é cada vez maior.

### **3. A IMPOSSIBILIDADE DE REPASSE TOTAL À INICIATIVA PRIVADA DA PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Inúmeros critérios podem ser adotados para classificar os serviços públicos e, quanto ao objeto, comumente, a doutrina costuma classificar a saúde como um serviço público social podendo ser conceituado, conforme José dos Santos Carvalho Filho<sup>18</sup>, como aqueles que “o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.”

---

<sup>18</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.329.

Portanto, a prestação dos serviços de saúde é de titularidade do Estado em razão do reconhecimento da sua essencialidade para a realização de direitos fundamentais dos indivíduos em uma sociedade. Mas, essa prestação não é privativa do Estado, tendo em vista que a própria CRFB/88<sup>19</sup> no seu art. 199 dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Apesar disso, nota-se claramente o caráter de complementariedade que a CRFB/88<sup>20</sup> procurou dar a prestação da saúde por entidade privada, tendo em vista que o art. 197 dispõe que cabe ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, cuja execução será feita diretamente ou através de terceiros, também por pessoa física ou jurídica de direito privado. Também o parágrafo primeiro do art. 199 da CRFB/88<sup>21</sup>, prevê expressamente a possibilidade de participação complementar das instituições privadas no sistema único de saúde, segundo as diretrizes deste.

Esses dispositivos sistematicamente interpretados trazem a ideia de que o Poder Público não pode se ausentar completamente da prestação dos serviços de saúde, entendendo-se que, apesar da sua execução direta poder ser franqueada à entidade privada, não poderá se excluir da sua gestão e controle, execução indireta, pelos expressos comandos constitucionais.

O direito à saúde está também elencado no art. 6º da CRFB/88<sup>22</sup> no rol dos direitos sociais, que consistem em direitos considerados pela Carta Constitucional como mínimos necessários a existência digna, e aptos a proporcionar condições materiais ao alcance da igualdade real pelos indivíduos.

É partindo dessa premissa, de necessidade de se estabelecer um estado de bem-estar social, que os direitos sociais foram encarados pela Constituição como uma dimensão dos direitos fundamentais, que necessitam de prestações positivas do Estado para o seu alcance.

---

<sup>19</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2016.

<sup>20</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2016.

<sup>21</sup>vide nota 18.

<sup>22</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2016.

Embora o Brasil tenha ficado muito longe de alcançar políticas públicas eficientes para se atingir um índice de desenvolvimento satisfatório, melhorando as condições de vida dos mais necessitados, a atuação estatal nas políticas sociais se demonstra ainda primordial, ante a finalidade de diminuir as desigualdades sociais.

Por óbvio que não se pode ignorar a dificuldade crescente em tentar harmonizar as receitas e gastos públicos com uma economia capitalista em desenvolvimento. Porém, o Estado que se demite das suas obrigações sociais constitucionalmente impostas, transferindo-a por completo a terceiros, aprofunda as desigualdades sociais e se reduz ao mero mundo de interesses do mercado.

Valmir Pontes Filho<sup>23</sup> traz crítica pertinente quanto a este encolhimento do Estado, alertando que “não somos a Suíça ou a Noruega, mas um país repleto de abissais desigualdades (sociais e regionais), em que o papel fundamental de condução da economia e da prestação de serviços públicos ainda não prescinde da presença ou da intervenção direta do Estado.”

Sabe-se que para atingir um estado ideal capaz de proporcionar padrões mínimos de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança e previdência social a todos os cidadãos é preciso adotar modelos de gestão associada e regimes de parceria também com entidades privadas. No entanto, não se trata simplesmente de fomentar essas atividades, ou da quantidade de estrutura pública que se faz presente na prestação em parceria desses serviços, mas muito mais da maneira com que se investe e a qualidade do Estado que se faz presente.

Diogo de Figueiredo<sup>24</sup> cita inúmeras vantagens que poderiam ser aferidas com o modelo de gestão das OS, especialmente quanto à despolitização de decisões que, ao invés de

---

<sup>23</sup>PONTES FILHO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 07 set. 2016.

<sup>24</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As organizações sociais de colaboração: Descentralização social e Administração Pública não estatal. *Revista de Direito Administrativo FGV*. Rio de Janeiro, ano 97, n. 210, p.

serem tomadas por indivíduos provenientes de setores políticos, pessoalmente descomprometidos com os resultados, porque não são por eles atingidos, passam a ser negociadas pelos grupos sociais diretamente interessados, evitando com isso posturas meramente políticas e ideológicas, ou a adoção de medidas desastrosas por inexperiência na atividade de determinado setor.

Apesar das animadoras vantagens que se pode vislumbrar com esse tipo de gestão, a realidade é outra. O autor Jose dos Santos Carvalho Filho<sup>25</sup>, elucida bem o grande desafio a ser superado:

A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja o da fiscalização das entidades e do cumprimento dos seus objetivos. Sem fiscalização é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos, e o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.

Apenas a concessão de serviço público pode possibilitar o repasse da execução e gestão dos serviços ao particular, conforme previsão do art. 175 da CRFB<sup>26</sup>, pois é forma de descentralização de um serviço público, através de licitação, celebrada com o particular mediante um contrato administrativo, o qual se submete ao regime de direito público. Mas apenas são delegáveis os serviços públicos considerados não essenciais, ou seja, aqueles que não estão relacionados com atividade inerente ao Poder Público, o que não é o caso da saúde.

De outra forma, não cabe delegação à iniciativa privada dos serviços públicos de saúde por meio de concessão, mas apenas se admite a sua participação de forma complementar por meio de ações e serviços voltados a assistência do cidadão, usuário desses

---

183-194, out./dez. 1997. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47095>>. Acesso em 07 set. 2016.

<sup>25</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.361.

<sup>26</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2016.

serviços, mediante contrato ou convênio com o Poder Público. Implica dizer que ao Estado não é franqueada a possibilidade de repassar a gestão da saúde a entidades privadas, que mesmo que atendendo aos requisitos legais para a qualificação jurídica como OS, não podem ter a titularidade da gestão operacional.

Sob a égide das normas e princípios do Direito Administrativo, essa parece ser a única interpretação possível do texto constitucional e da Lei Orgânica de Saúde (Lei n. 8.080/90<sup>27</sup>) ao garantir o direito à saúde o status de direito social, igualitário, universal e gratuito, efetivado mediante políticas sociais e econômicas que visem a sua promoção, proteção e recuperação.

Independentemente da natureza do instrumento que avaliza esta relação das OS com o Poder Público, ainda que se entenda ser um convênio, eis que os interesses são convergentes, essa transferência das atividades do Estado às OS é vista por alguns como terceirização ilícita, eis que concernente a sua atividade-fim na prestação do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>28</sup> entende que “o que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público.”

Fato é que ocorrendo ou não essa terceirização do gerenciamento dos serviços de saúde às OS, ainda que não se tenha mais o Estado na prestação direta desses serviços, não pode ele se eximir das responsabilidades de garantir que tais serviços sejam prestados eficientemente pelas organizações sociais, em termos de quantidade e qualidade, e de forma que esta se demonstre ser uma melhor alternativa do que se o próprio Estado tomasse as rédeas da prestação direta desses serviços.

---

<sup>27</sup>BRASIL. Lei n. 8.080/90, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>28</sup>DI PIETRO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 24 ago. 2016.

Tal abandono sim seria efetivamente considerado uma violação aos deveres constitucionais do Estado. Se a Administração Pública deixa de atuar como principal prestadora dos serviços públicos, deve concentrar todos seus esforços nas funções de planejamento, implementação de políticas e metas, regulação, fiscalização e avaliação do setor.

O preço que se paga por um controle deficiente, em que não se consegue analisar adequadamente as prestações de contas e os resultados alcançados no setor, é de mais desvios de verbas públicas e grave risco de falência generalizada dos serviços de saúde voltados para a população.

## **CONCLUSÃO**

Conforme foi visto, a Lei Federal n. 9.637/98 surgiu sob um contexto de busca pela implementação de políticas públicas eficientes e, por intermédio do Programa Nacional de Publicização, dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais aptas a absorver a atividade desempenhada antes por órgãos e entidades públicas.

Portanto, não se trata propriamente de uma publicização, a medida em que nenhuma atividade está sendo deslocada da iniciativa privada para a pública, mas o que ocorre de fato é o caminho inverso, ou seja, entes públicos cedendo espaço para entidades privadas no desempenho de determinada atividade, através da celebração de contratos de gestão com as organizações sociais.

Em que pese o regime dos contratos de gestão ser apenas uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta da prestação direta de determinados serviços públicos, o termo “privatização” é aqui utilizado como crítica a este novo sistema.



Na verdade, um serviço considerado público nunca perderá esse caráter, tampouco a titularidade do Poder Público será transferida à iniciativa privada com a celebração de um contrato de gestão, o que ocorre é a transferência da execução da atividade.

Porém, os modelos de gestão pelas organizações sociais no setor da saúde têm sido implementados por um número cada vez maior de entes federativos. Nesse cenário, os modelos vigentes que são apresentados à sociedade atualmente revelam que em vários casos o Poder Público se verifica ausente tanto na execução direta quanto na indireta desses serviços, o que viola frontalmente as disposições constitucionais que regem o direito à saúde.

Embora se possa vislumbrar inúmeras vantagens decorrentes da parceria entre o Poder Público e entidades privadas, que implicam na descentralização do poder estatal permitindo uma maior eficiência na prestação de importantes serviços à sociedade, essa transferência da executoriedade dos serviços públicos de saúde pode implicar na gradativa demissão do Estado de funções que lhe são típicas, por via desses modelos de gestão.

A esta problemática, soma-se a grande liberdade que possuem as organizações sociais na celebração de contratos e admissão de pessoal face ao precário controle exercido pelo Poder Público, que se encontra ainda em completo descompasso com a rápida multiplicação das organizações sociais.

Nestes termos, ter-se-ia criado um meio “legal” para a terceirização de serviços públicos essenciais a sociedade, tendo em vista o repasse do serviço na sua integralidade, de forma que o particular exercesse até mesmo a sua gestão.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Lei 9637/98, 15 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_Lei 7.579, de 06 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23855838/lei-n-7579-de-06-de-julho-de-2000-do-municipio-de-uberlandia>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_Lei 9790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9790.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_Lei 8.666/93, 23 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_Lei 9.648/98, 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.  
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923/DF. Relator: Min. Ayres Brito. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_Lei n. 8.080/90, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

\_\_\_\_BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3239/2013. Relator Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB\\_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Facord%2F20131129%2Fac\\_3239\\_47\\_13\\_p.doc&usq=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bv=m=bv.134495766,d.Y2I](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Facord%2F20131129%2Fac_3239_47_13_p.doc&usq=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bv=m=bv.134495766,d.Y2I)>. Acesso em: 05 out. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 24 ago. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As organizações sociais de colaboração: Descentralização social e Administração Pública não estatal. *Revista de Direito Administrativo FGV*. Rio de Janeiro, ano 97, n. 210, p. 183-194, out./dez. 1997. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47095>>. Acesso em 07 set. 2016.

PONTES FILHO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 07 set. 2016.

SILVA, Daniela Juliano. *Organizações sociais desvirtuadas*. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacaoessociaisdesvirtuadas,43701.html#\\_ftnref15](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacaoessociaisdesvirtuadas,43701.html#_ftnref15)>. Acesso em: 04 abr. 2016.