

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA ÁREA DA SAÚDE: REFLEXÕES

Lenir Santos

Passados 15 anos, algumas reflexões sobre a Organização Social (OS) na área da saúde se impõem. Introduzida pela Lei Federal 9.637, de 1998, em meio a muitas polêmicas – que perduram até hoje – a OS floresceu na área da saúde em quase todas as administrações públicas. No mesmo ano de sua criação foi impetrada uma Adin perante o STF¹. Dez anos após, a liminar não foi concedida e se aguarda, até os dias de hoje, o julgamento de mérito.

As avaliações sobre sua gestão são diversas: às vezes boas; às vezes ruins. Mesmo no meio jurídico-administrativo há os que a defendem o modelo – Gustavo Justino de Oliveira² - e aqueles que a criticam severamente, como Celso Antonio Bandeira de Mello³.

Estados e municípios editaram leis instituindo o modelo para as suas administrações, replicando grande parte do texto da lei federal; alguns, como o estado de São Paulo⁴, introduziu alterações substanciais, tendo subtraído das condições da parceria, a previsão da representação do Poder Público no órgão máximo de governança da entidade qualificada como OS. Na lei federal essa exigência se encontra em seu art.3^o⁵.

Esse dispositivo presente na lei federal importa muito se o real motivo da qualificação da OS for o de “publicização” de entes privados sem finalidades lucrativas – entendida essa “publicização” como a substituição da prestação direta de um serviço público por entidades civis sem fins lucrativos mediante celebração de um contrato de

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin 1.923-5 – STF.

² Oliveira, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

³ Mello, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2012.

⁴ Lei Complementar Paulista 846, 1998.

⁵ 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; (...)*

gestão e após serem qualificadas pelo governo que deverá avaliar se atendem aos requisitos legais e são idôneas e tem capacidade técnica.

Entendeu o Governo Federal, por ocasião da edição da Lei 9.637, de 1988, que a transferência para o setor privado social de serviços públicos de natureza contínua deveria ser permanente, resguardada sempre o monitoramento do gestor público sobre as entidades prestadoras em prol do interesse público quando então podem ver-se destituídas do traspasse do serviço público. Daí a importância de haver nos órgãos de governança a presença pública.

Assim, na lei federal, a regulação do setor público sobre a saúde financeira, a idoneidade da gestão e a capacidade operativa da OS é garantida pela presença de membros do setor público e da sociedade no Conselho de Administração, conforme determina a lei.

A qualidade e a eficácia dos serviços devem ser objeto de fiscalização e controle permanentes pelo órgão supervisor do contrato de gestão, revisto periodicamente para os ajustes necessários. Nesse modelo, não há previsão de novos chamamentos públicos para substituição de uma OS por outra dentro de determinado prazo. A lei prevê apenas a possibilidade de desqualificação da entidade por má gestão ou por interesse público específico. Uma vez desqualificada a OS essa seria substituída por outra, sendo o patrimônio da entidade qualificada, acumulado durante o período de sua qualificação, transferido a outra mediante termo de concessão de uso de bem público por se tratar de patrimônio público.

Tanto é assim que até hoje se mantêm as mesmas entidades qualificadas como OS à frente do Laboratório de Luz Sincotron, do Instituto Mamirauá, da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP, do Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada – IMPA⁶. Nelas, apenas se reveem periodicamente os contratos de gestão para atualização.

Nas OSs da maioria dos entes federativos, essa práxis não se repete. Além de não preverem, muitas vezes, a participação do Poder Público na instância máxima de governança da entidade qualificada, frequentemente, quando o contrato de gestão expira (os contratos são por prazo de quatro anos, geralmente), faz-se nova convocação pública, podendo, então, haver mudança de OS.

Ora, em se tratando de parcerias para a prestação de serviços essenciais à população, de natureza continuada, que não podem ser interrompidos, essa é uma questão relevante. No caso da saúde, não se pode organizar um hospital e após quatro anos, caso o contrato não venha a ser renovado, haver substituição de todo o pessoal que tenha sido contratado pela OS, por não ser possível haver traspasse de trabalhadores de uma pessoa

⁶ Salgado, Valéria Alpino Bigonha. Manual de Administração Pública Democrática. Campinas: Saberes Editora, 2012.

jurídica para outra⁷. Os custos da demissão sob os aspectos financeiro, técnico, profissional, humano podem ser um grande transtorno para o serviço público e seus usuários. Alguns contratos de gestão disciplinam essa questão criando um fundo para cobrir as despesas com as rescisões.

Pensando-se em um hospital de 300 leitos, se houver demissões de seu pessoal porque o contrato com a OS não foi renovado, certamente haverá um caos no serviço. O novo contratado deverá realizar novas contratações (que somente poderão ser os mesmos trabalhadores demitidos se não houver a exigência de processo seletivo – fato em discussão em vários tribunais de contas que tendem a exigir tal procedimento, ainda que de modo mais simplificado). Afora a perda de pessoal capacitado, os custos com demissões não são poucos.

Se o Governo Federal, à época, pretendeu criar um modelo de colaboração mais seguro e perene, análogo ao de uma entidade paraestatal⁸, como o serviço social autônomo (com fundamento e finalidades diversas), o qual tem prazo de duração indeterminado, não havendo substituição em curto prazo – isso não prosperou verdadeiramente, pelo menos nos estados e municípios brasileiros que legislaram sobre OS.

A OS não se transformou em uma “entidade paraestatal”, com prazo de duração indeterminado e governança “monitorada” pelo Poder Público, à exceção das federais. Por outro lado também não pode ser considerada uma parceria análoga à das concessões, uma vez que na concessão a competência é exclusiva do Poder Público, há política tarifária, os contratos são de longo prazo (20 a 30 anos), cabendo ao concessionário, a qualquer tempo, *arcar com os custos dos serviços concedidos: pessoal, estrutura, bens etc.*⁹.

Nas OSs estaduais e municipais, o fomento público para cobertura dos custos e a própria sustentabilidade da entidade são eminentemente públicos por não haver a cobrança de tarifas do usuário do serviço, como é o caso da saúde que tem asseguradas a universalidade do acesso e a gratuidade dos serviços. Na realidade, somente a gestão é privada porque todos os custos são arcados pelo Poder Público mediante traspasse de recursos pelo contrato de gestão, sendo os serviços também públicos.

Contudo, sendo a OS a gestora dos serviços, ela precisa contratar, em seu nome, profissionais, adquirir bens, celebrar contratos de prestação de serviços etc. No

⁷ Cada organização social é uma pessoa jurídica distinta. O rompimento do contrato faz com que todo o pessoal contratado em seu nome deva ser retirado do serviço público gerido pela OS. Por isso não há, como ocorre nas fusões, incorporações de empresa, a transferência de seus trabalhadores para a nova pessoa jurídica. No caso da OS estamos simplesmente falando em cessação de contrato de gestão, vínculo que lhe permite a gestão do serviço público. Rompido esse vínculo, tudo se desfaz.

⁸ Diversos juristas, entre eles Hely Lopes Meirelles, entendem que o serviço social autônomo, criado mediante autorização legislativa (Senac, Sesc, Senai, Sebrae etc.) são serviços paraestatais. Gustavo Justino de Oliveira entende que a natureza da OS é de paraestatalidade (obra aqui citada).

⁹ Constituição Federal, art. 175; Lei Federal n. 8.987, de 1995.

caso de uma rescisão, o problema acaba caindo nas mãos do Poder Público, visto que é sua obrigação assegurar que os serviços não sejam interrompidos e nem percam a qualidade.

Substituir uma OS por outra significa também substituição de mão-de-obra, contratos, com perda do conhecimento e capacidade profissional adquiridas pela OS decaída. Quem arca com esse ônus? O próprio Poder Público que não tem oficialmente nenhuma responsabilidade como empregador. Essas substituições periódicas de OSs são um transtorno, sob todos os pontos de vista.

No caso do Estado e do Município de São Paulo que tem centenas de contratos com OS, se os mesmos fossem rescindidos periodicamente por expiração de prazo ou até mesmo por má gestão ou outro motivo justo e fosse necessário realizar novas convocatórias públicas, certamente haveria um caos financeiro e estrutural dos serviços de saúde.

Há, portanto, que se repensar o modelo das OSs na saúde para extrair-lhes deficiências que possam ocasionar prejuízos ao serviço público e se o modelo tiver virtudes, que elas sejam ressaltadas, sem riscos.

O que não pode é o Poder Público tornar-se refém do modelo em razão de suas próprias deficiências.

Referências bibliográficas:

Oliveira, Gustavo Justino. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

Mello, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2012.

Salgado, Valéria Alpino Salgado. *Manual de Administração Pública Democrática*. Campinas: Saberes Editora, 2012.

Lenir Santos
Doutora em Saúde Pública pela UNICAMP
Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Sanitário IDISA
Advogada

