



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Birigüi, 18 de junho de 2014.

Parecer 080/2014

Solicitante: **Paulo Roberto Bearari**

Presidente da Câmara Municipal de Birigüi

**Assunto: Projeto de Lei 89/14 – Qualificação – Organizações Sociais.**

Senhor Presidente:

Conforme determinado por Vossa Excelência, estamos enviando parecer sobre o projeto em epígrafe, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. Projeto registrado no Protocolo Geral desta Casa sob número 1579/2014, em 20 de maio de 2014. **Sem despacho para parecer.**

## **I – Do Parecer Jurídico.**

O Projeto foi protocolado no dia 20 de maio de 2014, às 10h 08min, e neste mesmo dia foi apreciado e votado pelo Plenário da Câmara Municipal, por força do Requerimento 158/14, que concedeu ao mesmo o regime de tramitação em urgência especial.

Sobreveio a anulação da Sessão Ordinária do dia 20 de maio de 2014, por ato da Mesa Diretora, em razão de vícios regimentais insanáveis, verificados nos trabalhos daquela reunião. A anulação foi materializada pelo Ato 5/2014 e ratificada pelo Ato 7/2014.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No dia 22 de maio de 2014, o Vereador José Fermino Grosso, por meio do Requerimento Administrativo 92/14, requereu ao Presidente da Câmara Municipal o envio do Projeto de Lei 89/14 ao Procurador Jurídico da Casa, para a elaboração de parecer, pedido este deferido em 29 de maio de 2014.

O Projeto de Lei 89/14 não constou da ordem do dia das Sessões Ordinárias subsequentes, tampouco de Sessão Extraordinária realizada neste período.

Por meio dos Requerimentos Administrativos 96/14 e 107/14, o Vereador José Fermino Grosso requereu ao Presidente da Câmara Municipal o envio de documentos ao Procurador Jurídico, para servirem de subsídio ao parecer a ser elaborado, pleito este também deferido em 29 de maio de 2014.

Tanto o Projeto de Lei 89/14, como os documentos enviados serão analisados dentro dos limites da competência desta assessoria.

## **II – Das Organizações Sociais.**

É preciso que se entenda que não cabe à Procuradoria Jurídica, sob pena de infração funcional, manifestar-se sobre o mérito das proposições apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo, pela Mesa Diretora da Câmara Municipal, e pelos Vereadores.

Mérito é o exame da oportunidade e conveniência de um projeto de lei que pretende inovar a ordem jurídica.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Logo, vedado é ao Procurador Jurídico, expor a sua opinião sobre vantagens ou desvantagens que uma propositura pode trazer para a população destinatária da norma, considerando que este juízo de valor só pode ser exercido pelos detentores de mandato eletivo, que nesta condição representam o povo, nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal.

Feita essa observação, que nos pareceu relevante, passemos, inicialmente, a focar as organizações sociais tal como estruturada pela legislação infraconstitucional.

Passando ao largo dos fatos históricos (Associação das Pioneiras Sociais), que serviram de modelo e inspiração para o advento da Lei Federal 9.637/98, verifica-se que este diploma é o precursor de um amplo cenário de reforma do aparelho do Estado, liderado a partir de 1995 pelo extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE).

Na esteira da Lei 9.637/98, que institui as organizações sociais (OS), veio a Lei 9.790/99, que dispôs sobre as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), e outras, envolvendo a participação da sociedade civil organizada na gestão da coisa pública, de maneira colaborativa.

Cada uma tem o seu espectro e forma específica de atuação, mas, em comum, inauguram a *transferência* dos chamados serviços não exclusivos do Estado, ou do espaço público não estatal, sem necessidade de concessão ou permissão, para a realização de atividades de interesse coletivo.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No dizer de HELY LOPES MEIRELLES<sup>1</sup>, especificamente quanto às organizações sociais, “trata-se de nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais”.

A expressão “organização social” é enganosa, na medida em que não estamos diante de uma nova figura, de uma nova pessoa jurídica de direito privado, mas sim daquelas já previstas no artigo 44, incisos I e III, do Código Civil. Assim, as organizações sociais são constituídas na forma de associação ou fundação de direito privado.

As demais pessoas jurídicas de direito privado contempladas no artigo 44, do Código Civil, não podem se qualificar como organizações sociais, em razão de suas finalidades específicas, como é o caso das sociedades, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais.

Portanto, não se cria uma “organização social”, titulam-se, qualificam-se as associações e as fundações de direito privado como tais, por ato do Poder Executivo, uma vez satisfeitos os requisitos legais.

Os requisitos legais para a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, que a autoriza a prestar os serviços públicos desejados são:

1 – “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 38ª ed., São Paulo, 2011, pág. 432.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- a) não podem ter finalidade lucrativa e os excedentes financeiros devem ser reaplicados nas suas atividades;
- b) fim social de interesse coletivo, nos termos do artigo 1º, da Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde);
- c) possuir órgãos diretivos com participação do Poder Público e da comunidade;
- d) publicidade de seus atos;
- e) submissão ao controle do Tribunal de Contas;
- f) execução dos serviços por meio de contrato de gestão

A pessoa jurídica de direito privado (associações e fundações públicas), uma vez credenciadas como organização social, passam a gozar de privilégios não outorgados às demais pessoas jurídicas, pois: passam a receber dotações orçamentárias de suas áreas específicas; recebem bens públicos (móveis e imóveis) para atuar; gozam da cessão de servidores públicos, entre outras benesses.

Isso se denomina publicização, pois, em verdade, **a organização social passa a receber e executar o próprio orçamento público com plena autonomia**, ou seja, o Estado fomenta e financia as atividades das organizações, estabelecendo-se uma “parceria” com a sociedade civil, **lembrando sempre que não pode haver lucro, ou distribuição de bens e parcelas aos membros da organização.**



# *Câmara Municipal de Birigüi*

*Estado de São Paulo*

Para entender melhor, no contrato administrativo de prestação de serviços, modelo até então adotado, o Estado apenas remunera a pessoa jurídica que presta o serviço, mantendo o controle direito sobre as dotações orçamentárias e os bens utilizados, que são destinadas àquela atividade.

No contrato de gestão, entabulado entre o Poder Público e a organização social, aquele não remunera este, mas entrega totalmente a dotação orçamentária consignada na lei de orçamento para aquela atividade, numerário esse que será gerido e manipulado exclusivamente pela organização social, sem interferência do Poder Público que a financia.

Evidente que Lei a 9.637/98 contém inúmeros mecanismos de controle, mas esse repasse de verba orçamentária para ser gerida por pessoa jurídica de direito privado, com plena autonomia, assim como as questões envolvendo a licitação (tanto na escolha da organização, como nas aquisições por esta efetuada) e a contratação de pessoal (concurso público ou não), constituem os elementos geradores de divergências as mais acirradas, quanto à constitucionalidade da Lei.

Estabelecido um panorama geral das organizações sociais, que é o escopo deste parecer, passemos a analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

### **III – Da OS e o STF.**

A Lei 9.637/98 foi de pronto atacada.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No dia 1º de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista, ajuizaram ação direta junto do Supremo Tribunal Federal, postulando a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.637/98, na sua íntegra.

Os argumentos defendidos pelos autores, na Ação Direta de Inconstitucionalidade que recebeu o número 1.923/DF, para impugnar a Lei 9.637/98, podem assim serem resumidos<sup>2</sup>:

**a) ofensa 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):** a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

2 – Valemos do voto-vista do Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do mérito da ação.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

**b) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput):** a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

**c) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175):** por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, 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) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, caput);

**d) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169):** a Lei das OS's prevê que a



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

**e) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, caput e § 4º):** na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta “*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*”, ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

**f) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74):** o *caput* do art. 4º da Lei, ao listar as “*atribuições privativas do conselho de administração*”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

**g) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129):** o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Também pleitearam a inconstitucionalidade da redação do artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/93, conferida pela Lei 9.648/98, que prevê a dispensa de licitação para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.

Paralelamente ao ajuizamento da ADin 1.923/DF, os autores intentaram Medida Cautelar, visando a obtenção de provimento liminar para suspender a eficácia da Lei 9.637/98.

O Ministro Ilmar Galvão indeferiu de plano o provimento liminar alvitrado pelos autores, e, 9 (nove) anos depois, a Medida Cautelar, por maioria de votos<sup>3</sup>, foi indeferida definitivamente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme ementa que segue:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES OMORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

3 – Vencidos os Ministros Eros Grau, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.

(ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)

Essa decisão da Corte Suprema, embora tardia, gerou o seguinte efeito: até o julgamento final do mérito da ADin 1923/DF, o Poder Executivo poderá credenciar organizações sociais para a gestão das atividades elencadas no artigo 1º, da Lei 9.637/98.

Encerrado o capítulo referente a Medida Cautelar, até porque a mesma transitou em julgado, vejamos a quantas anda o julgamento do mérito da ADin 1923/DF.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Antes, porém, impõe-se resumir aqui as razões levantadas na inicial, e por representantes do Ministério Público Federal (Procuradores da República), para considerar inconstitucional e ilegal a terceirização ou publicização dos serviços públicos contemplados na Lei 9.637/98.

Na medida do possível, vamos resumir os argumentos, e o faremos com relação às atividades voltadas para a saúde, uma vez que o Projeto de Lei Municipal 89/14 foi instruído com parecer do Conselho Municipal de Saúde, o que faz crer, que este é o setor visado pelo projeto do Poder executivo. Vejamos:

- a Constituição Federal previu um Sistema Público de Atendimento à Saúde da População, intitulado Sistema Único de Saúde, que é de responsabilidade do Estado, **sendo facultada à iniciativa privada a participação complementar;**

- a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199 da CF), ou seja, sem participar do Sistema Único de Saúde, do SUS, pode a iniciativa privada, mesmo assim, prestar serviços de assistência à saúde sendo tais de relevância pública, entretanto, quando a entidade privada, com ou sem fins lucrativos, participa do Sistema Único de Saúde, mediante contrato ou convênio, ela o faz de forma COMPLEMENTAR;

- a Lei 9.637/98 transfere integralmente à iniciativa privada a prestação do serviço de saúde, retirando o dever do próprio Estado de prestá-lo, ou seja, compra-se tais serviços, que passam a ser prestados somente pela iniciativa privada, sob o argumento de a mesma não ter, no caso, fins lucrativos;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- como o Estado deve prestar serviços de saúde diretamente; somente quando a capacidade instalada das unidades hospitalares for insuficiente, tais serviços podem ser prestados por terceiros, ou seja, pela capacidade instalada de entes privados, tendo preferência entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§ 1º, art. 199 CF);
- pode-se prestar tais serviços por intermédio de entidades com fins lucrativos, desde que estas se subsumam as regras do SUS, também de forma complementar, aproveitando a sua capacidade instalada;
- o que está acontecendo, na prática, com a terceirização é que não há aumento da capacidade instalada, pelo contrário, pois, o Estado transfere suas unidades hospitalares, prédios, móveis, equipamentos, recursos públicos e muitas vezes pessoal para a iniciativa privada, que passa a dispor dos mesmos como se seus fossem, recebendo, em contrapartida, recursos públicos, gerindo-os como se particulares fossem;
- a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) deve ocupar o papel de simples coadjuvante do Poder Público, e, só excepcionalmente, quando patenteadas a insuficiências das disponibilidades estatais, admite-se a participação de entidades privadas na prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS, e, mesmo assim, somente para, com sua capacidade instalada, complementar a atividade estatal, nunca para substituí-la completamente, como vem ocorrendo por intermédio das chamadas terceirizações;
- não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestada por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional;

- a participação complementar deve ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público" (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos);

- sendo um serviço público, as ações e a execução da prestação dos serviços de saúde, dentro do âmbito do SUS, estão sujeitas às regras dos arts. 37 e 175 da Constituição Federal, no que se referem à necessidade de prévia licitação, ao recrutamento de pessoal mediante concurso público e ao respeito ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, para evitar o desvio dos recursos públicos aplicados, ficando a União desguarnecida de mecanismos que possibilitem o controle sobre o uso das verbas do SUS.

- antes de se falar em organização social ou terceirização, o Ministério da Saúde já havia previsto, em consonância com a Constituição e a Lei nº 8080/90, os instrumentos adequados, minuta de contrato e convênio – de natureza pública - pelos quais a iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos, poderia participar, com suas unidades hospitalares, no Sistema Único de Saúde, as terceirizações que estão sendo implementadas em vários Estados, sob a denominação de convênio, não passam, na realidade, de contratos de prestação de serviços (com concessão de uso, transferência de pessoal, etc);



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- as transferências não respeitam as normas de direito público, seja na formação dos mesmos (a contratação é feita diretamente, sem licitação, com ofensa ao art. 175 da CF), seja na sua execução (não exigência de licitação para compra de material, não exigência de concurso público para contratação de pessoal, etc.),
- a maioria das organizações sociais, principalmente cooperativas e associações de médicos, que não dispõem de qualquer patrimônio ou estrutura hospitalar, ao efetuarem contratos (e não convênios) com a Administração Pública, estão atrás de vantagens pessoais para seus associados, que, no mínimo, de servidores públicos, passam a gestores da coisa pública (sem licitação ou concurso), obtendo salários melhores e inúmeras outras vantagens, inclusive a possibilidade de se utilizarem da estrutura pública dos serviços de saúde para atendimento de clientes particulares, como é público e notório;
- a Lei 9.637/98 busca privatizar os serviços públicos, sob a alegação de eficiência, modernidade e eficácia, implantando na Administração Pública, o regime de direito privado, tornando-se letra morta o princípio da legalidade, inerente à Administração;
- quando o Poder Judiciário determina a observância do referido princípio, os tecnocratas de plantão vêm a público para afirmar que as decisões judiciais "atrapalham" a modernidade e a necessária reforma do Estado.
- a Lei nº 9.637/98, apesar dela não mencionar com clareza, os seus escusos e ilegais objetivos, pois fala em qualificação de organizações sociais de direito privado, que atuam na área de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente e saúde;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- mais à frente – e de maneira esparsa – fala em parceria (art. 5º), contrato de gestão (que deve ser elaborado com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade (sic), para, em seguida, autorizar as organizações sociais a receber recursos orçamentários (art. 12), pessoal da Administração (art. 14), e bens "dispensada licitação", mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão." (§ 3º, art. 12);

- o objetivo maior da Lei nº 9.637/98, no que se refere à área da Saúde, é afastar o Estado da prestação de serviços públicos de saúde, transferindo-os totalmente para a iniciativa privada, sob a denominação de organizações sociais, tal norma, portanto, colide diretamente com a Constituição Federal, uma vez que o Estado não pode se afastar de um dever-obrigação que a Constituição lhe impôs, sendo, de conseguinte, inconstitucional; e, por ferir também a Lei nº 8080/90 (verdadeira Lei Complementar) é a Lei nº 9.637/98 ilegal;

- é conferido ao Executivo Federal poder altamente discricionário que possibilita aos Ministros, no caso ao da Saúde, a faculdade de beneficiar determinados grupos e marginalizar outros, ao seu único e exclusivo critério;

- a qualificação (das organizações sociais) se assemelharia à doação de sesmaria;

- a excessiva liberdade dada às organizações sociais, que pelos seus Conselhos de Administração e Curadores podem estabelecer "procedimentos" para contratação de obras e serviços, compras, plano de cargos e salários, é forma de burlar os "entraves legais" existentes;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- não se pode esquecer que as OS estão executando orçamento público;
- quem irá assumir os débitos de uma "pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos", que não possui patrimônio próprio?
- a União não terá meios nem forma de se ressarcir dos prejuízos, caso haja malversação de verbas públicas;
- não foi considerada a dinâmica do processo de descentralização e autonomia do município para gerir a saúde;
- seria mais lógico que o Governo tomasse a iniciativa de retirar todos os entraves legais, criados ao longo do tempo, para gerir as fundações, autarquias e órgãos autônomos, em vez de criar um novo ente esdrúxulo, que irá exigir um maior controle do Estado e tornar mais difícil a operacionalização;
- as organizações sociais, como previstas, estarão dentro da Administração Pública, não sendo possível um ente "não governamental" gerindo serviços públicos;
- a proposta do MARE (Ministério da Administração e Reforma do Estado) conflita com o texto constitucional. Cita os artigos 5º, XVIII, 37; 41 - 3º; 49 - X; 70, 165- 5º, 169 parágrafo únicos e incisos, da CF;
- a proposta pode colocar em risco os princípios da universalidade, integralidade e equidade;
- referida proposta não leva em consideração a organização do SUS;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- não há garantias que protejam o Estado no caso de insolvência das OSs;
- torna-se grave precedente a transferência de patrimônio público estatal sem qualquer garantia;
- a criação das chamadas organizações sociais como potencialmente lesivas ao patrimônio público, afora sua ilegalidade e inconstitucionalidade.
- desde o início, o "Projeto Organizações Sociais" tinha o propósito claro e indisfarçável de retirar o Estado da administração direta dos serviços de saúde, educação, cultura e tecnologia, através do "Programa Nacional de Publicização", por meio do qual, entidades privadas poderiam cuidar da gestão dessas mencionadas áreas contando, inclusive, com a estrutura material, humana e a dotação orçamentária que pertenciam ao setor transferido, "independentemente de licitação."
- face ao disposto na Constituição (art. 196 e seguintes) e na Lei 8080/90, o Estado tem a obrigação de prestar diretamente os serviços públicos de saúde;
- a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) participa na prestação de tais serviços quando a capacidade instalada do Estado (prédios, equipamentos, corpo médico, instalações, etc) for insuficiente para atender a demanda;
- dá-se preferência, pelas regras vigentes, às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, que são chamadas a participar do Sistema Único de Saúde - SUS de forma complementar (e com sua capacidade instalada) para auxiliar o Estado no atendimento à população;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- a saúde é livre à iniciativa privada que, mesmo fora do Sistema Único de Saúde, também exerce serviços de relevância pública;
- a correta leitura do art. 197 da CF (e face às demais regras vigentes) é a de que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente (pelo Estado) ou por terceiros (hospitais e unidades hospitalares de entidades filantrópicas que venham a integrar o SUS), os quais comparecem com sua capacidade instalada e em caráter complementar, e por pessoa física ou jurídica de direito privado (consultórios médicos e hospitais privados não filiados ao SUS)
- todos exercem serviços de relevância pública, mas aqueles prestados pelo Estado são de natureza essencialmente pública, integral e universal, caracterizando-se como direito fundamental e dever do Estado;
- não é possível, face às regras vigentes, aos Estados transferirem a gestão, a gerência e a execução de serviços públicos de saúde de hospitais ou unidades hospitalares do Estado para a iniciativa privada;
- a dispensa de licitação em qualquer caso, seja para a escolha de parceiros para o SUS, com exceção de casos especialíssimos de entidades filantrópicas (que atuarão não com a capacidade instalada do Estado, mas com seus próprios prédios e meios), seja para compra de material ou subcontratação, é ilegal e fere a Constituição;
- não se pode confundir assessoria gerencial que se presta à direção de um determinado hospital público (que pode inclusive ser contratada pelo Poder Público mediante licitação) com a própria gerência desse hospital;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- a atividade de prestação de serviços públicos de saúde rege-se pelo regime de direito público, com as implicações decorrentes, e isso se aplica aos contratos ou convênios realizados com o Poder Público;
- as leis estaduais, que pretendem transferir à iniciativa privada a capacidade instalada do Estado em saúde, são ilegais e inconstitucionais;
- a Lei nº 9.637/98, no que se refere à saúde, é inconstitucional e ilegal quando: dispensa licitação (§ 3º art. 11); autoriza a transferência para a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) de hospitais e as unidades hospitalares públicas (ex.: art. 1º, quando fala em saúde; art. 18, quando fala em absorção e quando fala em transferência das obrigações previstas no art. 198 da CF e art. 7º da Lei 8080/90; e art. 22, quando fala em extinção e absorção);
- a Lei nº 9.637/98 colide frontalmente com a Lei 8080/90 e com a Lei 8.152/90, pois desconhece, por completo, o Conselho Nacional e os Conselhos Estaduais, que têm força deliberativa;
- a Lei nº 9.637/90 nega o Sistema Único de Saúde – SUS como previsto na Constituição, já que introduz um vírus – organizações sociais -, que é a antítese do Sistema;
- a terceirização da Saúde, seja na forma prevista na Lei 9.637/90, como nas formas similares executadas pelos Estados – e antes mencionadas – dá oportunidade a direcionamento em favor de determinadas organizações privadas, fraudes e malversação de verbas do SUS;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

- a terceirização elimina licitação para compra de material e cessão de prédios, concurso público para contratação de pessoal e outros controles próprios do regular funcionamento da coisa pública. E pela ausência de garantias na realização dos contratos ou convênios, antevê-se inevitáveis prejuízos ao Erário Público.

Esclarecemos que esses apontamentos não são nossos. Foram colhidos de representantes do Ministério Público e de Conselhos de Saúde, para servirem de subsídios na discussão do Projeto de Lei Municipal 89/14.

Vista a proposta governamental, e os argumentos em sentido contrário, resta ver a posição do Supremo Tribunal Federal, que já deu início ao julgamento do mérito, a partir de 2010, e que já conta com dois votos proferidos, sendo um do Relator, Ministro Ayres Britto, e outro do Ministro Luiz Fux.

O Relator, Ministro Ayres Britto, em voto proferido no dia 31 de março de 2011, julgou a ação direta parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98:

- a) declarar a inconstitucionalidade do fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º;
- b) a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14;



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior.

Além disso, deu interpretação “conforme à Constituição” aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para:

a) a qualificação de entidade privada como “organização social”;

b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão”.

É necessário explicar o alcance das decisões tomadas pelo e. Ministro Relator:

Ao dizer que expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º é inconstitucional, afirmou que a qualificação de uma organização social como tal é puramente formal, ou seja, satisfeitos os requisitos dos artigos 2º, 3º 4º, da Lei 9.637/98, não pode à Administração recusar o credenciamento de uma entidade, com base no seu poder discricionário.

Quanto à expressão contida no § 2º do art. 14, “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, dispositivo este que trata da remuneração dos servidores públicos cedidos à organização social, o Ministro o considerou inconstitucional, porque viola o artigo 37, inciso X, da Constituição.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Segundo o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, a remuneração, seja quanto à fixação ou alteração, só pode ser feita por lei, logo, não pode o servidor público cedido receber qualquer vantagem pecuniária da organização social, ainda que lá exerça função temporária de direção a assessoria.

Completo o Ministro que o § 1º, do artigo 14, da Lei 9.637/98, perde totalmente o seu sentido, porquanto, o servidor cedido não pode receber vantagens da organização social, sendo também inconstitucional o dispositivo aqui citado, pelo que se convencionou chamar de inconstitucionalidade por reverberação normativa.

A inconstitucionalidade dos artigos 18, 19, 20, 21 e 22, da Lei 9.637/98, declarada pelo Ministro Relator, ocorre porque o que se pretendeu ali foi extinguir todos os órgãos estatais que atuam nas atividades previstas no artigo 1º, da Lei 9.637/98, para repassar todos os seus bens e a própria gestão para o setor privado, o que é **privatização**, em áreas onde o Estado não pode renunciar a prestação daqueles serviços, porque são públicos, e a atuação dos particulares é complementar.

A interpretação conforme, dada pelo Ministro Relator aos artigos 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, foi no sentido de que a qualificação de entidade privada como organização social, e a celebração do contrato de gestão devem ser públicos e objetivos, não nos termos da Lei 8.666/93 (processo licitatório), mas sim por meio de “chamamento público”, por foça dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

É importante consignar aqui que para o Ministro Relator existe uma impropriedade absoluta na expressão contrato de gestão, pois, para ele, o que existe de fato é um convênio, lastreado na doutrina de Hely Lopes Meirelles que “no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”.

Partindo da premissa que estamos diante de um convênio, equivocadamente denominado contrato de gestão, o Ministro retira a conclusão de que, tendo a organização objetivos de natureza social e finalidade não lucrativa, não há necessidade de processo licitatório para a sua celebração, ressalvada a questão do chamamento público para a qualificação e escolha da organização que vai assumir o serviço.

Esse foi o voto do Ministro Relator, que por certo respeitamos, mas com ele não concordamos, reservando momento oportuno para discorrer sobre nosso posicionamento.

O Ministro Luiz Fux foi o segundo a votar, no dia 19 de maio de 2011. Após o voto, pediu vista o Ministro Marco Aurélio, que até hoje não se manifestou. O Ministro Luiz Fuz seguiu as linhas gerais já traçadas pelo Relator, tendo concluído sua declaração da seguinte forma:

*“Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:*



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

O que é realmente importante nesses votos, é que não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade da organização social em si, pois, os dispositivos declarados inconstitucionais não impedem a qualificação e a execução do contrato de gestão (convênio), por parte daquelas.

Evidente que ainda se trata de uma minoria de votos, considerado que o Supremo Tribunal Federal é formado por 11 (onze) Ministros, mas já é um sinal, que deve ser levado em consideração, muito embora, no momento, o funcionamento das organizações sociais já esteja garantido pelo não provimento da medida cautelar que visava a suspensão da eficácia da Lei 9.637/98.

#### **IV – Da Lei Federal 9.637/98.**

Já dissemos acima que não comungamos com os primeiros pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, quanto a constitucionalidade da Lei 9.637/98, ou da própria organização social.

Evidente que estamos a nos posicionar contra decisões da Corte Suprema proferidas até o este momento, porém, o respeito que é devido aos entendimentos dos Ministros, não vai ao ponto de vedar interpretações no sentido contrário, muito embora sem força normativa, porque discordar de uma decisão judicial é um direito de todos os operadores do Direito.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Vamos procurar resumir nossas restrições à forma como foram concebidas as organizações sociais, sem maiores aprofundamentos, por dois motivos, a saber: não somos parte, ou procuradores na ação direta que tramita pelo Supremo Tribunal Federal; nosso foco funcional está no Projeto de Lei Municipal 89/14, que será examinado em capítulo próprio.

Nosso desencontro com as decisões citadas neste parecer, se baseia no tripé serviço público complementar; licitação e concurso público. Vejamo-los.

## 1. Serviço Público Complementar.

Talvez não exista em Direito conceito mais indefinido do que o de serviços públicos. Não há consenso algum, e as interpretações, no mais das vezes, se fazem de forma casuística para melhor amparar teses, decisões administrativas e judiciais e interesses da Administração Pública, que não se confundem com o interesse público.

HELY LOPES MEIRELLES<sup>4</sup>, ao conceituar serviço público, nos dá uma ideia da sua fluidez:

*“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, **sob normas e controles estatais**, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.*

4 - “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 38ª ed., São Paulo, 2011, pág. 374.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

**“Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os *serviços públicos*, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público”.** (grifamos)

A partir daí o autor oferece uma classificação de serviço público, levando em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços, que seriam: serviços públicos propriamente ditos; de utilidade pública, próprios do Estado; impróprios do Estado, e vai por aí.

Considerando que a utilização das organizações sociais, em sua esmagadora maioria tem sido na área da saúde pública, tal como pretende o Projeto de Lei 89/14, releva verificar qual a posição do autor, quanto à classificação desse serviço. Diz o autor<sup>5</sup>:

**“1.1.2.3 Serviços próprios do Estado: são aqueles que relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene *saúde pública* etc) e para a execução dos quais, a Administração usa da supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares”.** (grifamos)

5 – Op. cit., pág. 376.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Portanto, a princípio, e adotando a doutrina deste autor, os serviços de saúde estariam inseridos no artigo 175, da Constituição Federal, cujo texto segue transcrito:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Assim sendo, os serviços de saúde só poderiam ser efetuados por terceiros mediante concessão ou permissão, o que implicaria na obrigatoriedade de licitação, e na observação do sistema preconizado pela Lei 8.987/95, o que excluiria a participação de organizações sociais, porquanto, conforme visto no voto do Ministro Ayres Britto, o ajuste com esta se dá por convênio (contrato de gestão).

A maioria da doutrina, e de nossas Cortes não entende assim, ou seja, a saúde não está no rol dos serviços públicos regulados pelo artigo 175, da Constituição Federal, mas sim no artigo 196 e seguintes, que tratam especificamente da saúde.

A nosso sentir, os artigos da Constituição Federal que tratam da saúde autorizam a participação de terceiros apenas de forma **complementar**, conforme deixam claros os artigos 197 e 199, parágrafo único, do texto constitucional.

Muito embora o artigo 197 tenha sido a inspiração para a criação do modelo da organização social, ele não pode ser interpretado isoladamente, pois que a Constituição é um sistema:



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Vejamos os textos:

“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”. (grifamos)

A assistência à saúde é livre para a iniciativa privada, desde que atue com recursos próprios, porém, quando atua em parceria com o Estado, situação em que recebem verbas públicas, sua participação será sempre complementar, sem a exclusão do Estado que é o titular do serviço. Isso está claro na Constituição.

Entendemos ser a organização inconstitucional, nesta hipótese, porquanto sua atuação nos termos da lei de regência não se dá de forma complementar, mas sim de maneira substitutiva da ação do Estado.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

O artigo 12, da Lei 9.637/98 foi redigido de forma a transferir para entidades privadas praticamente a totalidade dos serviços que são públicos, para não dizer a própria titularidade, principalmente os de saúde, setor onde proliferam o aparecimento das organizações sociais.

Basta ler os artigos que cuidam do fomento das atividades sociais, para ver que a atuação deixa de ser complementar para ser substitutiva:

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.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Se vamos transferir todo o orçamento público, assim com os bens públicos daquela atividade, seja da área da saúde, ou de qualquer outra, para a organização social, estaremos de fato transferindo a execução do serviço como um todo, o que implica em atuação exclusiva por parte da entidade social, e não complementar, como quer o parágrafo único, do artigo 199, da Constituição Federal.

Isso é inconstitucionalidade, que mais se agrava quanto menor o ente federativo, pois, a União e os Estados-membros podem transferir apenas parte do serviço, tendo em vista a complexidade e o tamanho do sistema que operam, o que não ocorre nos Municípios de pequeno e médio porte, onde o sistema se compõe de poucas unidades.

Portanto, em razão da exclusividade, e não da complementariedade, para nós, a forma atual de operação das organizações sociais é inconstitucional.

## **2. Da Licitação.**

A exigência de licitação para obras, serviços, compras e alienações tem assento constitucional, e foi assim concebida pelo legislador constituinte:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

De princípio constitucional, a licitação passou a ser apenas, entre tantos outros, mais um instituto jurídico de menor relevância, tal a quantidade de hipóteses de dispensa e inexigibilidade contemplados na Lei 8.666/93, isso sem falar nos regimes diferenciados (Petrobrás, Copa do Mundo, etc.).

Para a Administração Pública, e para os administrados, licitação só tem uma razão de ser: garantir que o dinheiro público será empregado com a maior eficácia e economicidade possíveis, evitando-se assim desvios de toda ordem. Apesar da Lei, pululam os casos de malversação do erário público. Imagine-se como seria sem ela?

A Lei 9.648/98 criou mais um caso de dispensa de licitação, ao inserir o inciso XXIV, no artigo 24, da Lei 8.666/93:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Apesar do texto, a situação não é simples.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Pelo seu teor é possível extrair que a dispensa só se dará para a contratação da organização social, o que de resto não preocupa, porque, conforme visto acima, os dois Ministros que já votaram o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923/DF, determinaram que as contratações dessas entidades sejam feitas de forma pública, objetiva e impessoal, o que faz presumir um processo de seleção pública para a escolha da organização.

A questão que preocupa é outra, e diz respeito às obras, serviços e compras que venham a ser realizadas pela organização social escolhida, com dinheiro público, porque, na realidade, ela vai receber todas as dotações orçamentárias para executá-las, logo, estariam elas também dispensadas de licitar nesses casos?

O artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/93 não diz isso. Não obstante, e esse a nosso ver é mais um caso de inconstitucionalidade, o artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.637/98, reforçado pelo artigo 17, trouxe a seguinte prescrição:

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

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”;

(grifamos)



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Criou-se, à margem da Lei de Licitações, hipótese de dispensa de licitação. As organizações sociais, diferentemente da União, dos Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, Autarquias, Agências Reguladoras, Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista, podem realizar obras, contratar serviços e realizar compras sem observar as regras da Lei 8.666/93, mas sim as suas próprias regras.

Significa dizer que o dinheiro público, ou, todo o orçamento público destinado àquela atividade, poderá ser utilizado por elas da maneira que melhor lhe aprouver, sem que esta hipótese de dispensa tenha sido prevista na Lei 8.666/93.

Em outras palavras: a exceção virou regra.

A situação é tão absurda que a União, por meio do Decreto 5.504/2005, e o Tribunal de Contas da União buscaram minimizar o estrago, porém, sem a força normativa da lei em sentido estrito. Disso nos dá notícia GUSTAVO JUSTIMO DE OLIVEIRA<sup>6</sup>:

“Cumpre notar que, a despeito da previsão normativa aludida, foi editado o Decreto n. 5.504/2005, tornado obrigatória a submissão das organizações sociais aos princípios licitatórios (art. 1º, § 5º. No mesmo sentido, O Tribunal de Contas da União entendeu que “as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público” (Acórdão n, 601/2007, 1ª Câmara, Min. Rel., Aroldo Cedraz)”.

6 - “Tratado de Direito Administrativo”, Ed. Sarava, vol. 2, São Paulo, 2013, pág. 93



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Apesar disso a inconstitucionalidade permanece. Primeiro porque o Decreto, e o v. Acórdão do TCU, não tem força normativa para “revogar” o artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.637/98.

Segundo, por que: a plena vigência do artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.637/98, assim como o artigo 17, viola o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, uma vez que este dispositivo determina que as ressalvas à obrigatoriedade de licitação devem estar previstas na legislação que veicula normas gerais, que é a Lei 8.666/93, e não na própria Lei que criou as organizações sociais.

Desta forma, também pelo que foi exposto aqui, estamos que a Lei 9.637/98 padece do vício da inconstitucionalidade.

### **3. Do Concurso Público.**

Aqui ocorre algo similar ao que foi exposto quanto à licitação: para os casos de provimento de cargos e empregos públicos, a regra é o concurso público, conforme determinado pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

O problema esta no mesmo artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.637/98, que, embora já transcrito, o será novamente para facilitar o raciocínio:

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



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

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**";  
(grifamos)

Percebe-se claramente que as organizações sociais podem usar dinheiro público, já que ela atua por meio da transferência de dotações dos orçamentos públicos, para contratar empregados sem a realização de concurso público, fato que agride o já citado artigo 37, inciso II, da Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

Objeta-se com o argumento de que os empregados das organizações sociais não são servidores públicos.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Como essas entidades não passam de associações e fundações públicas de direito privado, qualificadas pelo Poder Público como organizações sociais, seus empregados não estariam sujeitos ao regime jurídico de direito público.

Com o devido respeito, mas quem usa esse argumento joga com palavras para esconder o que de fato acontece: **aquele que é remunerado com dinheiro público, ainda que de forma indireta, deve ser considerado um agente público, mesmo que em sentido amplo**, tal como ocorre com as autarquias, agências, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Admitir o contrário implica no estímulo à burla aos preceitos da Constituição Federal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>7</sup> aborda a questão do concurso público da seguinte forma:

“O que a lei magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, **ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos** na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a **impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público**”.

7 - Curso de Direito Administrativo”. Malheiros Editores, 21ª ed., São Paulo, 2006, pág. 266.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

A colocação do renomado jurista nos leva a 3 (três) conclusões:

- a) **o dinheiro público estaria fomentando desigualdades**, porque não haveria igualdade de tratamento nas contratações, uma vez que as organizações sociais, pela Lei 9.637/98, não estão obrigadas a promover concurso público;
- b) **não existe na Constituição Federal qualquer ressalva para dispensar concurso público**, quando a remuneração dos agraciados será paga com dinheiro público;
- c) os servidores públicos cedido pelo Poder Público (outro privilégio só concedido às organizações sociais), ocupariam cargos, e teriam remuneração diversa, daquelas obtidas no concurso público que promoveu o seu ingresso na Administração.

Se a entidade de direito privado contratasse servidores sem concurso público com suas próprias verbas não haveria problema, porém, contratar pessoas com dinheiro público, sem concurso público, é contornar, fraudar a Constituição Federal.

Em linha de princípio, e fieis ao texto constitucional que não pode ser interpretado casuisticamente, temos que também por este aspecto a Lei 9.637/98 é inconstitucional.

## **V – Do Projeto de Lei 89/14.**

Passemos agora ao caso concreto.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

O Projeto de Lei Municipal 89/14, tendo por base o voto do Ministro Ayres Britto, na ADin 1923/DF, cuja ementa consta do próprio Ofício de encaminhamento, veio com as alterações propostas pelo Relator.

Com isso, em relação à Lei Federal 9.637/98, artigos foram suprimidos, textos modificados, tudo para adequar o Projeto local aos votos proferidos na ADin 1923/DF. Pese isso, as inconstitucionalidades apontadas acima permanecem no corpo do Projeto de Lei Municipal 89/14.

No entanto, este capítulo não se presta a demonstrar a inconstitucionalidade do Projeto em face da Constituição Federal, porquanto isso já foi feito acima, tendo em vista que a propositura local é uma cópia da Lei 9.637/98, adequada, é verdade, mas ainda assim uma cópia.

Como a questão da inconstitucionalidade do Projeto de Lei Municipal 89/14 já foi abordada, nesta parte do parecer faremos o apontamento de ilegalidades e uma inconstitucionalidade contidas no projeto enviado pelo Poder Executivo, que se apresentam como vícios, impedindo, da forma como está redigido, uma análise do mérito por parte do Plenário desta Casa.

## **1. Da Necessidade de Lei Local.**

Aventou-se a possibilidade de as contratações de organizações sociais não depender de lei formal, bastando a regulamentação por meio de Decreto do Prefeito Municipal.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Nada mais despropositado. É preciso entender que existem leis nacionais e leis federais, sendo que aquelas se aplicam a todos os entes federativos, enquanto estas somente se aplicam no âmbito da União. A Lei 9.637/98 é uma lei federal, conforme deixa claro HELY LOPES MEIRELLES<sup>8</sup>, em obra já citada neste ensaio:

**“Estados e Municípios**, se quiserem se utilizar dessa nova forma de parceria na sua administração, **deverão aprovar suas próprias leis**. Trata-se de matéria de prestação de serviços, e, por conseguinte, de competência da respectiva entidade estatal. **A Lei 9.637/98 não é uma lei nacional, cujas normas gerais seriam aplicáveis aos Estados e Municípios. Ela pode servir de modelo**, devendo ser adaptada às peculiaridades regionais ou locais, de acordo com os setores considerados prioritários pela entidade: cultura, meio ambiente, saúde, ensino, desenvolvimento tecnológico, pesquisa científica etc”. (grifamos)

Assim, qualquer discussão a respeito da necessidade, ou não, de edição de lei local, se torna despicienda, mesmo porque, seria um despautério a transferência total ou até parcial de dotação orçamentária, sem lei que a autorizasse.

## 2. Das Atividades Transferidas.

A lei das organizações sociais só tem uma finalidade: transferir atividades estatais para o setor privado.

8 – Op. cit., pág. 433/434.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Não há sentido algum em estabelecer critérios para a transferência de atividades, se essas não são mencionadas no projeto ou mesmo na lei.

A Lei 9.637/98 traz a seguinte prescrição no seu artigo primeiro:

“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”. (grifamos)

O Projeto de Lei 89/14 tem a seguinte redação:

“Art. 1º O Poder Executivo, mediante procedimento de chamamento público, poderá qualificar como Organizações Sociais as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, **cujas atividades sejam dirigidas ao**, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”. (grifamos)

Pergunta-se: as organizações sociais que estão sendo qualificadas pelo artigo 1º, do Projeto de Lei Municipal 89/14, deverão ter suas atividades dirigidas para o quê? Ou seja, em quais atividades elas poderão atuar, quando qualificadas pelo Poder Público? Em nenhuma, uma vez que o projeto não descreve atividade alguma.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Vejam, o Projeto de Lei Municipal 89/14 pode até ser aprovado, e com a Lei que vier a ser promulgada o Poder Público poderá até qualificar entidades, mas elas não poderão executar nenhuma atividade do Município, porque não há autorização legal para isso.

Cabe ao Poder local definir quais as atividades que poderão ser executadas pelas organizações sociais (ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde).

A escolha é do titular da competência de iniciativa, mas, sem a indicação das atividades, nenhuma delas poderá ser exercida por quem quer que seja, falha esta que torna o Projeto de Lei Municipal 89/14, inócuo.

### **3. Presença do Poder Público nas Organizações Sociais.**

O Projeto de Lei Municipal 89/14, quando tratou da composição do Conselho de Administração das organizações sociais, esqueceu-se da presença dos membros mais importantes: os membros natos, representantes do Poder Público.

Não há como compor um Conselho de Administração de uma organização social, que vai receber e executar dotação orçamentária sem a presença de representantes do Poder Público, afinal, o controle será exercido por este e pela comunidade.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Nesse sentido, a Lei Federal 9.637/98 não pecou, pois, em seu artigo 3º, inciso I, alínea “a”, assim dispôs:

**“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;

O Projeto de Lei Municipal 89/14 não contém previsão de representantes do Poder Público, e isso é ilegal, pois que estamos falando de gestão de dinheiro público por entidade privada. Novamente HELY LOPES MEIRELLES<sup>9</sup> dá o tom que deve reger os Conselhos de Administração:

“Convém alertar que o conselho de administração da entidade deverá exercer papel fundamental na sua administração. **Em sua composição, os representantes da comunidade e do Poder Público devem constituir maioria absoluta, controlando os atos da diretoria executiva**, cujos membros serão pelo conselho designados e dispensados”. (grifamos)

9 – Op. cit., pág. 433.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No caso do Projeto de Lei Municipal 89/14, os representantes do Poder Público e da comunidade não são maioria absoluta por uma razão: eles não existem no projeto, e, assim, a diretoria executiva ficará livre de qualquer forma de controle, e de fiscalização direta e imediata.

Com as devidas escusas pelo linguajar leigo e vulgar, isso equivale ao dito popular de colocar a raposa para tomar conta do galinheiro.

Essa ausência faz ilegal a propositura.

#### **4. Da Cláusula Restritiva e Impossível.**

O artigo 5º, § 2º, do Projeto de Lei Municipal 89/14 foi assim redigido:

“§ 2º - Havendo mais de uma entidade qualificada para a mesma área, haverá a realização de processo de seleção da entidade que virá a celebrar Contrato de Gestão como o Poder Público, mediante chamamento público”.

Se a hipótese é de seleção, o inciso II, do artigo 2º da propositura não tem amparo jurídico, ao exigir que a entidade para ser qualificada, tem que ter sede ou filial no Município, porque o que interessa é a gestão, não a localização.

MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>10</sup>, ao estudar a habilitação em procedimento licitatório, fez a seguinte colocação:



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

“Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, **o direito de licitar existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato.** Portanto, **as condições da licitação deverão ser fixadas tendo em conta o objeto da licitação**”. (grifamos)

Na mesma página, em nota de rodapé, o autor fez inserir o seguinte comentário:

“Nota 145. **A jurisprudência fornece um elenco abrangente de situações reprovadas,** Confirmam-se os julgados em Lex STJ/TRF 22/301 (**discriminação** contra empresa que não possua equipamentos dentro do Estado que realiza a obra); Lex STJ/TRF 5/342 (**discriminação** contra empresa com menos de três anos de existência”;

O Projeto de Lei Municipal 89/14 não trata de licitação, o que em si já é questionável, porém, como o procedimento de seleção (chamamento) também é público, a discriminação não se justifica, constituindo, a nosso ver, ilegalidade patente.

Já o inciso III, do artigo 2º, do Projeto de Lei Municipal 89/14, além de ilegal, conforme visto acima, traz uma hipótese de impossível cumprimento por qualquer entidade que busque qualificar-se. Vejamos como está redigida a exigência:

10 – “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Ed. Dialética, 14ª ed., São Paulo, 2010, pág. 396.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

“III – estar construída e **comprovar o desenvolvimento de atividades descritas no caput deste artigo** há, pelo menos, 03 (três) anos”; (grifamos)

O *caput* do artigo 2º, do Projeto de Lei Municipal 89/14 não descreve nenhuma atividade, e o que é pior: conforme já dito em outra passagem, o artigo 1º da propositura também não proclama nenhuma atividade!

Como cumprir a exigência de comprovação de desenvolvimento mínimo de 3 (três) anos em uma atividade, se ninguém sabe qual, ou em quais as atividades as organizações sociais, que assim forem qualificadas, poderão atuar? Impossível.

A ilegalidade do artigo 1º, do Projeto em exame, contaminou de novo o já ilegal inciso III, do artigo 2º, da propositura, logo, também nesta passagem o Projeto de Lei Municipal 89/14 é ilegal.

## **5 – Do Conflito de Autoridade.**

Segundo o artigo 2º, § 2º, do Projeto de Lei Municipal 89/14, cabe ao Secretário Municipal da área corresponde, e ao Secretário da Administração, deferir ou indeferir o pedido de qualificação de entidade privado como organização social.

Como não poderia deixar de ser, nos termos do artigo 17, do Projeto, cabe ao Poder Executivo desqualificar a organização, seguido o procedimento previsto nos parágrafos.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Por Poder Executivo, há de se entender aqui o Prefeito Municipal, ou as mesmas autoridades citadas no artigo 2º, § 2º, do Projeto. Não obstante, o Chefe do Poder executivo enviou Mensagem Aditiva, alterando a redação do artigo 17, para dar ao Conselho, “referente à área”, poder para promover a desqualificação.

O texto é um pouco confuso, razão pela qual vale a transcrição do dispositivo alterado:

“Art. 17 – O Poder Executivo e o Conselho referente à área correspondente poderão proceder à desqualificação da entidade como Organização Social quando verificado o descumprimento das disposições contidas no Contrato de Gestão”. (grifamos)

A redação indica que tanto um (Prefeito Municipal ou Secretários), como outro (Conselho da área correspondente) podem promover a desqualificação. Se assim o é, temos aqui uma inversão da ordem hierárquica incompreensível.

A questão é simples, pois, somente a autoridade com competência para qualificar, pode deflagrar o procedimento de desqualificação do credenciado, e, as Leis Municipais, de que é exemplo a Lei 4.618/2005, não outorga esse poder aos Conselhos

Portanto, a prerrogativa de qualificação e desqualificação é sempre da autoridade, seja ele o Prefeito Municipal, ou os Secretários Municipais definidos na lei. Assim, ilegal o dispositivo que altera a redação original do artigo 17, do Projeto de Lei sob análise.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

## **6. Do Artigo 20, do Projeto de Lei Municipal 89/14.**

O artigo 20, do Projeto de Lei tem uma redação no mínimo confusa. Vejamos o texto:

“Art. 20 - Nas hipóteses de a entidade pleiteante da habilitação como Organização Social existir há mais de 03 (três) anos, e em exercício, comprovadamente, há no mínimo 03 (três) anos em áreas ensino, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme disposto artigo 1º desta Lei, será facultado ao Secretário da área correspondente ao pleito e ao Secretário de Administração, deferir o requerimento de qualificação, ficando estipulado o prazo de 02 (dois) anos para adaptação ao disposto no artigo 2º, inciso III; bem como o prazo de 01 (um) ano para a adaptação do Estatuto ao disposto no artigo 3º, desta Lei”. (grifamos)

Já vimos no item V, número 4, deste parecer, que para nossas Cortes a fixação temporal de atividade constitui restrição ilegal. De qualquer sorte, vamos tentar avaliar o dispositivo.

Se uma entidade existe há mais de 3 (três) anos, e nesse mesmo tempo desenvolve uma das atividades previstas no citado artigo 20, terá cumprido o requisito (ilegal) do artigo 2º, inciso III, e, se satisfeitos os demais requisitos, terá direito à qualificação.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Logo, não há sentido falar-se em prazo para adaptação, salvo na hipótese de mudança de atividade. Esse artigo precisa ser melhor esclarecido pelo autor do Projeto.

## **7. Dos Requisitos de Qualificação e o Decreto.**

O artigo 21 contém outra previsão estranha em termos de hierarquia normativa, ao pretender que os requisitos específicos de qualificação sejam estabelecidos em Decreto do Poder Executivo.

Estranho, porque os requisitos para qualificação já estão estabelecidos no Projeto de Lei Municipal 89/14, e são exaustivos.

Por outro lado, requisitos para qualificação constitui matéria reservada à lei em sentido estrito, inclusive porque o Decreto no sistema da Constituição Federal é meramente regulamentar, ou seja, se presta apenas a dar exequibilidade à lei.

Se o Chefe do Poder Executivo, por meio de Decreto, cria um novo requisito, seja ele específico ou genérico, estará inovando a ordem jurídica, ou seja, legislará através de decreto, o que é impensável no atual sistema constitucional.

Esse dispositivo é sem dúvida inconstitucional.



# *Câmara Municipal de Birigüi*

*Estado de São Paulo*

## **VI – Documentos Anexados.**

### **1. Da Atuação das Organizações Sociais.**

O Vereador José Fermino Gorsso requereu ao Presidente da Câmara a juntada de documentos para serem analisados pelo jurídico, em conjunto com o Projeto de Lei Municipal 89/14.

Para o Departamento Jurídico da Câmara Municipal os documentos não tem nenhum valor, porquanto se prestam a demonstrar a atuação de organizações sociais em outros entes federativos (Estados-membros e Municípios), e isso é matéria de mérito, campo vedado ao Procurador da Casa.

Os documentos são relevantes para os Vereadores, porque podem servir de subsídio para a formação de suas opiniões, que redundaram nos votos que serão proferidos no Plenário, quando da apreciação do Projeto de Lei Municipal 89/14.

Trata-se, portanto, de atividade típica dos detentores de mandato eletivo, que nessa qualidade representam o povo, e só a ele devem satisfação em caso de sucesso ou fracasso da empreitada. Os documentos seguem juntados, atendendo à decisão do Presidente da Câmara Municipal.

### **2. Do Mandado de Segurança.**

O Vereador José Fermino Grosso também requereu a juntada de documentos relativos a uma ação judicial.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Cuida-se de um mandado de segurança (Processo 1001080-57.2014.8.26.0077 - 3ª Vara Cível - Birigüi), onde figura como impetrante a empresa Gemebi - Gestão Médica de Birigüi Ltda, e como impetrada a Prefeitura Municipal de Birigüi, e a Pregoeira Oficial do Município de Birigüi.

Buscou a impetrante a exclusão de empresas do terceiro setor (incluídas aí as organizações sociais), ao argumento de que tais entidades não podem fornecer mão de obra, que era o objeto do Pregão 008/2014, promovido pela impetrada.

A sentença foi favorável à imperante, acolhendo o Juízo a tese de que entidades do terceiro setor não podem participar de licitações para o fornecimento de mão de obra, o que está absolutamente correto.

Porém, ficou implícito na sentença que tais entidades podem prestar serviços ao Município por meio de contrato de gestão e termo de parceria, o que é totalmente diferente do objeto do Pregão impugnado.

Logo, esse mandado de segurança não guarda relação de pertinência como o Projeto de Lei Municipal 89/14, porque neste o objeto é exatamente a prestação de serviços mediante contrato de gestão, o que em tese é permitido.

Fazemos aqui uma observação, para remeter o leitor ao item IV, números 1, 2 e 3 deste parecer, uma vez que opinamos no sentido da inconstitucionalidade da Lei 9.637/98.



# *Câmara Municipal de Birigüi*

*Estado de São Paulo*

No mesmo sentido, entendemos ser inconstitucional o Projeto de Lei Municipal 89/14, pelas razões lá expostas, sem prejuízo das ilegalidades e inconstitucionalidades específicas apontadas em relação à propositura, contidas no item V, números 1 a 7, desta peça.

## **VII - Da Conclusão.**

Por todo o exposto, opinamos:

a) pela inconstitucionalidade do Projeto de Lei Municipal 89/14, por violação dos artigos 37, inciso II (concurso público) e XXI (licitação), 175 (serviço público) e 199 (participação complementar), da Constituição Federal, nos termos da fundamentação contida item IV, números 1, 2 e 3, deste parecer;

b) a ilegalidade do Projeto de Lei Municipal 89/14 pela ausência de descrição das atividades que serão transferidas (artigo 1º); ausência do Poder Público na composição do Conselho de Administração (artigo 3º); presença de cláusula restritiva e impossível (artigo 2º, incisos II e III); conflito de autoridade para desqualificação de organização social (artigo 17) e inconstitucionalidade do artigo 21, por invasão de reserva de lei, tudo nos termos da argumentação expendida no item V, números 2 a 7 deste parecer.

Assim opinando, submetemos o presente à alta consideração de Vossa Excelência, e aos demais pares do Legislativo, para as providências que entender cabíveis.



# *Câmara Municipal de Birigüi*

*Estado de São Paulo*

É o parecer.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Wellington Castilho Filho".

Wellington Castilho Filho

Procurador Jurídico



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Requerimento  
Administrativo nº 92/14

## REQUERIMENTO:

Assunto: Solicita parecer jurídico ao Projeto de Lei nº 89/2014

Senhor Presidente:

Venho pelo presente solicitar à V. Excelência cópia de parecer jurídico do Projeto de Lei nº 89/2014, que "Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências", tendo em vista o mesmo entrou em regime de urgência na sessão ordinária do dia 20 de maio de 2014 e não houve tempo hábil para exarar parecer.

Na certeza da atenção e compreensão por parte de V. Excelência, aceite os protestos de estima e apreço, atenciosamente,

Câmara Municipal de Birigüi, aos 22 de maio de 2014.

**JOSÉ FÉRMINO GROSSO,  
VEREADOR**

EXMO SENHOR  
PAULO ROBERTO BEARARI  
PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE  
BIRIGUI-SP.

*Em anexo se  
for o caso para o senhor  
do Poder de Vereador.  
Paulo Bearari*



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

## REQUERIMENTO

ADMINISTRATIVO Nº 96/14

Assunto: Juntada de documentos.

Senhor Presidente:

Solicitamos a Vossa Excelência a juntada de documentos, cópias anexas, ao Requerimento Administrativo nº 92/14, para que os mesmos sejam enviados ao Departamento Jurídico para exarar parecer ao Projeto de Lei nº 89/2014, que "DISPÕE SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS".

Hipotecando a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinto apreço, subscrevemo-nos

JOSÉ FERMINO GROSSO,  
VEREADOR.

Excelentíssimo Senhor  
**PAULO ROBERTO BEARARI,**  
Digníssimo Presidente da Câmara Municipal de  
**BIRIGUI.**

*co  
concomitante  
ao  
proj de lei  
nº 89/14  
29/05*

REQUERIMENTO Nº 96/2014 DATA DE RECEBIMENTO 29/05/2014



## CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE

PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI

Praça Gumercindo de Paiva Castro s/nº – Centro – CEP 16.200-015 – Tel.: 3643-6233

e-mail: [conselhomunicipalsaude@birigui.sp.gov.br](mailto:conselhomunicipalsaude@birigui.sp.gov.br)

Birigui, 28 de maio de 2014.

**Ofício Circular nº008/2014- MLPS**

**Assunto: Resposta ao requerimento do Vereador José Fermino Grosso**

Prezada Senhor:

Venho através deste, enviar cópia da Ata nº 004/2014 da reunião do Conselho Municipal de Saúde, conforme solicitação do senhor vereador José Fermino Grosso, porém ressalvo que a mesma não foi lida e aprovada em reunião do Conselho Municipal de Saúde, esta ação ocorrerá em próxima reunião ordinária prevista para dia 10/06/2014, podendo sofrer alterações.

Sem mais para o momento.

Atenciosamente.

**Carmencita Rodrigues Paludetto**

Presidente do Conselho Municipal de Saúde

Ao  
Ilmo Senhor  
José Fermino Grosso  
Vereador da Câmara Municipal de Birigui



PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI  
CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE

CNPJ 46.151.718/0001-80 Pça Gumercindo de Paiva Castro s/n – Centro – CEP16200-015

Tel. 3643-6233 e-mail: [conselhomunicipalsaude@birigui.sp.gov.br](mailto:conselhomunicipalsaude@birigui.sp.gov.br)

**ATA N.º 004/2014 DA REUNIÃO ORDINÁRIA DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BIRIGUI**

**Local:** Sala de Reuniões do Centro Médico Hospitalar, localizado à Praça Gumercindo de Paiva Castro s/nº, Birigui – SP.

**Data:** 20/05/2014.

**Participantes:** Elza M. R. Corrêa, José Rozendo Paes, , Sergio Rossin, Sonia Regina Albani, Andrea Benvenuta Antonio, Marilaine Silene Cruzato, Dr. Cid Pachu, Claudio R. Borela, Edviges Rossin, Carmencita R. Paludetto, José Antonio Zanela, Eunice Maria Alves, Clarice A. P. A. Prado, Fernando Monteiro Pereira, Rita de Cassia M. S. Pitarelo.

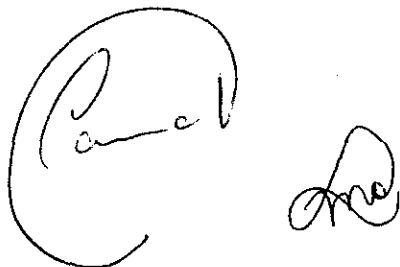
**Pauta:** 1º Leitura da Ata Anterior, 2º Lei Organizações Sociais – “Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fim lucrativos como organizações sociais”, 3º Assuntos diversos.

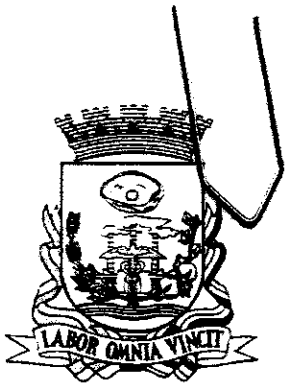
**Principais Relatos da Reunião:** A presidente do Conselho Carmencita, cumprimentou a todos, dando início a reunião de acordo com a pauta. 1º Leitura da Ata Anterior: feita leitura, a presidente perguntou se havia alguém contrário, não havendo manifestações, aprovada por unanimidade. 2ª Pauta – Lei Organizações Sociais – “Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fim lucrativos como organizações sociais”. Esse Projeto Lei de Organizações Sociais jurídicas são consideradas sociais porque elas não tem fins lucrativos pois são entidades ou ONGs. A presidente Carmencita disse que iria tentar simplificar para todos este Projeto de Lei, pois se trata de um projeto extenso que engloba todas as secretarias. Carmencita disse que iria ler o projeto todo, porém nós conselheiros iremos aprovar somente a parte que nós cabe que é a da Saúde, pedi para Andréa Secretária da Saúde ligar para o Dr. Glauco Secretário do Jurídico da Prefeitura, para que o mesmo nós esclarecesse algumas dúvidas. Foi falado com o Secretário do Jurídico que nós afirmou que seria enviado para todas as outras Secretarias também para avaliação do Projeto. A presidente Carmencita iniciou-se a leitura, lendo pausadamente, o conselheiro Dr. Cid disse que é fundamental que se acrescente no artigo 1 que – Em qualquer instante o Conselho Municipal de Saúde poderá interferir nas decisões dessa ONG responsável pela Saúde. A presidente Carmencita disse que iria mas a fundo mudaria o item dois, colocando que o Conselho Municipal de Saúde referente ao objeto social, em decisão fundamentada pelo deferido e indeferimento, Carmencita disse que em sua opinião o Conselho teria que estar nesta parte podendo interferir ou não se aquela ONG tem direto ou não. A presidente

perguntou se todos estavam de acordo com a mudança, e todos concordaram com a alteração do projeto de lei, foi feita as devidas anotações para ser feitas as modificações. Foi dada continuidade a leitura do projeto de lei e ao decorrer da leitura a presidente Carmencita disse que entendesse que quem irá fiscalizar será Conselho de Administração que será montado, sendo que o Conselho Municipal de Saúde terá membros fazendo a composição deste Conselho de Administração. A conselheira Clarice pergunta qual Conselho? : - Carmencita explica que será o Conselho de cada área que irá fazer parte do Conselho da Administração. Terminada a leitura a presidente Carmencita perguntou se todos estavam de acordo, após várias discussões todos concordaram com o Dr. Cid Pachú, que disse que teria que mencionar em um artigo que o Conselho teria poder para desqualificação da ONG. Pedindo para ser alterado a SEÇÃO VI DA DESQUALIFICAÇÃO DO ART. 17 ficando: “ O PODER EXECUTIVO E O CONSELHO REFERENTE A ÁREA PODERÁ PROCEDER A DESQUALIFICAÇÃO DA ENTIDADE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL QUANDO O VERIFICADO DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO CONTRATO DE GESTÃO”, de acordo com o que foi discutido. Após ter ligado para o Secretário de Negócios Jurídicos Dr. Glauco, o mesmo concordou em fazer as devidas alterações na parte que cabe a Saúde, foi esclarecido para todos os conselheiros as dúvidas, onde foi feita novamente a pergunta para os conselheiros se todos estavam de acordo e favorável ao parecer, não havendo mas manifestações parecer será favorável a parte que cabe ao Conselho Municipal de Saúde. 3º Assuntos diversos: Solicitação do Vereador Gilmar Trecco Cavaca solicitando ao Deputado Estadual Dilador Borges o valor de R\$ 154.450,00 para o CAE (Centro de Atendimento Especial) para aquisição de um automóvel adaptado para colocar as cadeiras de acordo com as necessidades. A presidente perguntou se todos estavam de acordo com a aquisição, não havendo manifestação aprovado. A presidente Carmencita perguntou se mais alguém tinha outro assunto a ser abordado, não havendo mais manifestações deu-se por encerrada a reunião.

**Observações:** Próxima reunião 10/06/2014.

Esta ata foi lavrada por: Maria Lúcia Pereira da Silva Secretária Executiva do Conselho e Carmencita Rodrigues Paludetto presidente do Conselho Municipal de Saúde. Birigui/SP, 20 de maio de 2014.

Two handwritten signatures are present at the bottom of the page. The signature on the left is a large, stylized cursive signature that appears to read 'Carmencita'. The signature on the right is a smaller, more compact cursive signature that appears to read 'Maria Lúcia'.



# Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

## REQUERIMENTO

ADMINISTRATIVO Nº 107 \ 14

Assunto: Juntada de documentos.

Senhor Presidente:

Solicitamos a Vossa Excelência a juntada de outros documentos, cópias anexas, ao Requerimento Administrativo nº 92/14, para que os mesmos sejam enviados ao Departamento Jurídico para exarar parecer ao Projeto de Lei nº 89/2014, que "DISPÕE SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS".

Hipotecando a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinto apreço, subscrevemo-nos

J. - 12/06

JOSÉ FERMINO GROSSO,  
VEREADOR.

Excelentíssimo Senhor  
**PAULO ROBERTO BEARARI,**  
Digníssimo Presidente da Câmara Municipal de  
**BIRIGUI.**

Em anexo ao  
jurídico  
Paulo Roberto Bearari  
12/06/14



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE BIRIGUI**  
**FORO DE BIRIGUI**  
**3ª VARA CÍVEL**  
**RUA FAUSTINO SEGURA, 214, Birigui - SP - CEP 16200-370**

**SENTENÇA**

Processo Digital nº: 1001080-57.2014.8.26.0077  
 Classe - Assunto: Mandado de Segurança - Intervenção em Estado / Município  
 Impetrante: GEMEBI - GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA.  
 Impetrado: PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI e outro

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Cassia de Abreu

Vistos.

**GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA** interpôs o presente mandado de segurança contra ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI e da PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI** alegando, em suma, que o município lançou edital de licitação na modalidade de pregão presencial, para contratação de empresa ou entidade do terceiro setor, para prestação de serviços no programa estratégia saúde da família, como fornecimento de mão de obra. Aduziu que a prática é ilegal, pois a participação de OSCIPs ou OS, além de cooperativas, em licitações cujo objeto seja a terceirização de mão de obra é proibida. Pediu a antecipação da tutela. Alternativamente pediu a concessão de liminar, com suspensão da licitação. Por fim, pediu procedência, para que se determine a correção da ilegalidade constante do edital, retirando-se dele a autorização de participação de empresas do terceiro setor. Juntou documentos.

A liminar foi deferida, a fls. 136.

As autoridades coatoras prestaram suas informações. Aduziram não haver norma jurídica que proíba o terceiro setor de concorrer o objeto licitado. Alegaram que o objetivo do certame não consiste na contratação de mão de obra, mas sim busca-se a prestação de serviços para o desenvolvimento do programa estratégia saúde da família. Asseveraram que a licitação está focada na atividade a ser desenvolvida e não na pessoa a ser contratada. Afirmaram que não existe no ordenamento jurídico dispositivo legal que considere ilegal a participação de cooperativas, OCIPs e OS em procedimentos licitatórios. Pediram a revogação da liminar e a improcedência.

O representante do Ministério Público opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

**Fundamento. DECIDO.**

A segurança deve ser concedida.

Pois bem. A licitação ora questionada tem por objeto a contratação de empresa especializada ou entidade do terceiro setor, cujas finalidades estejam relacionadas ao objeto licitado, para prestação de serviços no programa estratégia saúde da família, com fornecimento de mão de obra a ser efetivada por sessenta profissionais contratados pela licitante vencedora.

1001080-57.2014.8.26.0077 - lauda 1



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE BIRIGUI**  
**FORO DE BIRIGUI**  
**3ª VARA CÍVEL**  
 RUA FAUSTINO SEGURA, 214, Birigui - SP - CEP 16200-370

Assim, o objeto da licitação, em última análise, não é a prestação de serviços, mas sim o fornecimento de mão de obra. Esta última atividade, forçosa a conclusão, não é compatível com a finalidade das entidades do terceiro setor (oscip e os), que não visam lucro e, via de consequência, estão impedidas de desempenhar atividade comercial.

Ademais, as chamadas OSCIPs e OSs somente se relacionam com o Poder Público através de contratos de parceria e de gestão.

A participação de tais entidades em licitações violaria um dos princípios basilares da licitação, qual seja, o da isonomia entre os participantes. Nesse sentido e com propriedade se manifestaram, tanto o impetrante como o representante do Ministério Público, já que as entidades do terceiro setor possuem regime tributário diverso das empresas que se dedicam à atividade comercial.

Os argumentos trazidos pelas autoridades coatoras não se sustentam, portanto. Ressalte-se que o fato de não haver norma expressa proibindo a participação das OSCIPs e OSs nas licitações não as autoriza a fazê-lo, pelos vários argumentos acima mencionados.

A procedência se impõe.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente mandado de segurança ajuizado por **GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA** contra ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI** e da **PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI**, para o fim de determinar às autoridades coatoras que excluam do edital em questão a autorização de participação de empresas do terceiro setor na licitação. Julgo extinto o processo, com apreciação do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários.

Custas pelos requeridos.

P.R.I.

Birigui, 02 de junho de 2014.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,  
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

De saída, pergunto, para em seguida responder, o seguinte: a Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.648/98) violam a Constituição Federal? O modo pelo qual serão prestadas atividades *“dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”* desrespeitam as normas constitucionais brasileiras?

15. Bem, a resposta passa pela revelação do regime constitucional dos serviços públicos, espécie do gênero *“atividade estatal”*. Regime que tem no art. 175 da Constituição de 1988 a sua viga mestra e o focado contraponto ao princípio da liberdade de iniciativa que se lê no art. 170 da mesma Carta Federal. Este último, consagrador da ideia-força de que as atividades econômicas são próprias da iniciativa privada. Já o art. 175, a seguir itinerário mental oposto, consoante os seguintes dizeres: *“incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

16. Vê-se, portanto, que: a) a atividade econômica é o *habitat* da iniciativa privada, assegurando-se a todos os indivíduos o seu livre exercício, *“independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (parágrafo único do art. 170 da CF); b) a prestação de serviços públicos, ao reverso, faz parte das competências constitucionais da União e das demais pessoas federadas. Espécie do gênero *“atividades públicas”* - ainda há pouco dissemos -, sendo que as atividades públicas são custeadas ou financiadas com os impostos e contribuições sociais que o Estado impõe e arrecada (atividades gerais como a legislação, a jurisdição, a diplomacia, a defesa, a segurança pública), enquanto que os serviços públicos são ordinariamente autofinanciados, ora por taxas, ora por tarifas ou preços públicos; ou seja, se prestados pelo próprio setor público, seu custeio se dá mediante a imposição de taxas; se prestados

**ADI 1.923 / DF**

pelo setor privado – mediante contratos de concessão ou de permissão –, seu financiamento se dá por tarifas ou preços públicos. Daí os seguintes preceitos constitucionais:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

X – manter o **serviço postal** e o **correio aéreo nacional**;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **telecomunicações**, nos termos da lei, que **disporá sobre a organização dos serviços**, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de **radiodifusão sonora e de sons e imagens**;

b) os **serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água**, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a **navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**;

d) os serviços de **transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de **transporte rodoviário** interestadual e internacional de passageiros;

f) os **portos marítimos, fluviais e lacustres**;

(...)

XV – organizar e manter os **serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia** de âmbito nacional;

(...)

XXIII – explorar os **serviços e instalações nucleares** de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

XXIV – organizar, manter e executar a **inspeção do**

ADI 1.923 / DF

**trabalho;**

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da **saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

V – proporcionar os meios de acesso à **cultura, à educação e à ciência**;

VI – proteger o **meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 25. (...)

(...)

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os **serviços locais de gás canalizado**, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos de interesse local**, incluído o de **transporte coletivo**, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de **educação infantil e de ensino fundamental**;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **serviços de atendimento à saúde da população**;

(...)

**ADI 1.923 / DF**

IX – promover a **proteção do patrimônio histórico-cultural** local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**;

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

**ADI 1.923 / DF**

III – política tarifária;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa dos poderes públicos** e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.

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 universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As **ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

Art. 205. A **educação**, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV – gratuidade do ensino público em **estabelecimentos oficiais**;

V – valorização dos profissionais da educação escolar, **garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas**;

VI – gestão democrática do **ensino público**, na forma da lei;

(...)

**ADI 1.923 / DF**

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da **educação escolar pública**, nos termos de lei federal.

Art. 208. O **dever do Estado com a educação** será efetivado mediante a garantia de :

I - **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, **assegurada inclusive sua oferta gratuita** para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º. O **acesso ao ensino obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo.

§ 2º. O **não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público**, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração **seus sistemas de ensino**.

§ 1º. A **União organizará o sistema federal de ensino** e o dos Territórios, financiará as **instituições de ensino públicas federais** e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º. Na **organização de seus sistemas de ensino**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do **ensino obrigatório**.

§ 5º. A **educação básica pública** atenderá prioritariamente

ADI 1.923 / DF

ao ensino regular.

Art. 215. **O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.**

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Art. 218. **O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.**

(...)

§ 5º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a **entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.**

Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às **instituições educacionais oficiais** criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta

**ADI 1.923 / DF**

Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

(...)

§ 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será **mantido na órbita federal.**”

17. Como se percebe, a luzes claras, quis a nossa Carta Magna que competisse à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inciso XXIII do art. 21 da CF). Prescreveu ainda caber à mesma União explorar, **diretamente, ou sob regime de concessão, permissão ou autorização**, serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário, etc (incisos XI e XII do art. 21 da CF). No mesmo tom, ordenou que ficassem sob a competência dos Municípios a organização e prestação **direta, ou mediante concessão ou permissão**, dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (inciso V do art. 30 da CF). Disse também caber ao Poder Público a iniciativa de ações destinadas a assegurar os direitos pertinentes à saúde, à previdência, à assistência social (art. 194 da CF), à educação (art. 205 da CF), à cultura (art. 215 da CF), ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 218 da CF) e ao meio ambiente (art. 225 da CF). Em suma, o papel do Estado na prestação de certas atividades, dentre as quais os serviços públicos, é o de protagonista-mor ou agente central. Logo, diferentemente da atividade econômica, seara em que o Poder Público, atuando como agente normativo e regulador, exerce, em regra, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF), no palco dos serviços públicos o Estado é ator por excelência, prestando-os diretamente, ou então, sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

18. Também a luzes claras se percebe: a) ao contrário das atividades gerais do Estado, os serviços públicos são “específicos e divisíveis”, no

**ADI 1.923 / DF**

sentido de que são prestados aos respectivos usuários com perfeita ou inconfundível identidade material e mensurabilidade no seu individualizado desfrute. Isso para o efeito da quantificação *per capita* do seu consumo e consequente retribuição pecuniária sob a forma de taxa, ou de tarifa; b) ao lado deles, serviços públicos de titularidade estatal exclusiva, colocam-se atividades que são também de senhorio estatal, mas não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, **porém sob o timbre da relevância pública**. Conforme diz a Constituição – por amostragem, entenda-se –, nos seguintes preceitos:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.

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.

ADI 1.923 / DF

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às **instituições privadas com fins lucrativos**.

Art. 202. O regime de **previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

§ 3º. É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, **salvo na qualidade de patrocinador**, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Art. 205. A **educação**, direito de todos e dever do Estado e **da família**, será promovida e incentivada **com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209. **O ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, **podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas**, definidas em lei, que:

- I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder

ADI 1.923 / DF

público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º. Os recursos de que trata este artigo **poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio**, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, **quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.**

§ 2º. As atividades universitárias de pesquisa e extensão **poderão receber apoio financeiro do poder público.**

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o **desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.**

(...)

§ 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º. **A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País**, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional

ADI 1.923 / DF

**e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.**

Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se** ao poder público e à **coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

Art. 227. É **dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à **cultura**, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, **admitida a participação de entidades não-governamentais** e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e **subsídios**, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.”

19. Agora é de se perguntar: à iniciativa privada é permitida a prestação de serviços públicos? Há serviços públicos em que o setor privado pode atuar por sua conta e risco? Em caso afirmativo, podem

**ADI 1.923 / DF**

recursos públicos ser destinados a instituições privadas, não integrantes da Administração Pública? Existe mesmo um setor público não-estatal, ou, por definição, todo setor público tem que ser estatal?

20. Da leitura de todos esses dispositivos constitucionais desata a compreensão de que, realmente, há serviços públicos passíveis de prestação não-estatal. Serviços que, se prestados pelo setor público, seja diretamente, seja sob regime de concessão, permissão ou autorização, serão de natureza pública; se prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do transpasse da sua prestação ao setor privado.

21. Já no que toca às atividades de senhorio misto, serão elas de natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado, ou em parceria com o setor privado. E se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sua definição é como atividades ou serviços de relevância pública (inciso II do art. 129 e art. 197, ambos da CF). Assim é que o art. 199 da Constituição Federal dispõe, categoricamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art. 209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art. 202 da CF); b) à colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (§ 1º do art. 216 da CF); c) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§ 4º do art. 218 da CF); d) ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente (*caput* do art. 225 da CF). Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF); b) a vedação de auxílios ou subvenções na área de saúde apenas às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º do art. 199 da CF); c) a participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a previsão, inclusive, de subsídios públicos (inciso VI do § 3º e § 1º,

**ADI 1.923 / DF**

ambos do art. 227 da CF); d) o aporte de recursos do Estado a entidades de previdência privada, na qualidade de patrocinador (§ 3º do art. 202 da CF); e) a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, bem como a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio (art. 213 e § 1º da CF); f) o apoio financeiro do Poder Público às atividades universitárias de pesquisa e extensão (§ 2º do art. 213 da CF).

22. Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que **passíveis de financiamento público** e sob a cláusula da **atuação apenas complementar** do setor público. Noutra dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável. Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma “indireta”; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei “*e sempre através de licitação*” (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal.

23. Recolocando a ideia: assim como seria inconstitucional uma lei que “estatizasse” toda a atividade econômica (a participação do Estado se dá por exceção, para atender “*aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”, nos termos da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal), também padeceria do vício de inconstitucionalidade norma jurídica que afastasse do Estado toda e qualquer prestação direta (pelos próprios órgãos e entidades da

**ADI 1.923 / DF**

Administração Pública) dos serviços que são dele, Estado, e não da iniciativa privada. Não por acaso, a Constituição Federal prevê: a) a instituição de um sistema único para integrar as ações e serviços **públicos** de saúde (art. 198 da CF), do qual instituições privadas poderão participar **de forma complementar** (§ 1º do art. 199 da CF); b) um regime de previdência privada, **de caráter complementar** e organizado de forma autônoma em relação ao **regime geral de previdência social**; c) a existência de um ensino **público, obrigatório e gratuito**, em **estabelecimentos oficiais**, com profissionais recrutados exclusivamente por concurso público de provas e títulos (incisos IV e V do art. 206, §§ 1º e 2º do art. 208, todos da CF); c) a aplicação de um mínimo de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços **públicos** de saúde (alínea “e” do inciso VII do art. 34, inciso III do art. 35, § 2º do art. 198 e art. 212, todos da CF).

24. Isso posto, feito o exame das normas constitucionais pertinentes à matéria em causa, passo a analisar o conteúdo da Lei 9.637/98. Lei que *“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”*. Diploma legislativo que os requerentes tacham de inconstitucional, na íntegra, mas a quem dou razão apenas em parte. Passo a explicar.

25. Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de *“Programa Nacional de Publicização”*. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na *“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”* (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de **privatização**. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o

**ADI 1.923 / DF**

Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços **públicos** de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos **oficiais** de ensino, a regime **geral** de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada **toda** a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a **substituir** o Poder Público, e não simplesmente a **complementar** a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas.<sup>1</sup> O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

26. Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

27. A se ter como válida a mencionada “*absorção*”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos **oficiais** de ensino, serviços **públicos** de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa **não integrante da Administração Pública**.<sup>2</sup> Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o

---

1 É certo que a Constituição Federal autoriza a mediação privada de diversos serviços públicos (incisos XI e XII do art. 21). Assim o faz, porém, expressamente, e sempre sob o regime de concessão, permissão ou autorização, o que não ocorre quanto aos serviços arrolados no art. 1º da Lei 9.637/98.

2 Imperioso esclarecer que a Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação tem peculiaridades que

ADI 1.923 / DF

mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal. O que de pronto me leva a julgar inconstitucionais os arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98.

28. O que a Magna Carta admite e até mesmo estimula, agora sim, é a colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o art. 1º da Lei 9.637/98 que *“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”* na lei. Organizações sociais que, uma vez assim qualificadas, poderão firmar com o Poder Público um *“contrato de gestão”, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”* (art. 5º da Lei 9.637/98). Contrato de que poderão constar cláusulas garantidoras: a) do repasse de recursos orçamentários; b) do uso de bens públicos; c) da cessão especial de servidores estatais (arts. 12 e 14 da Lei nº 9.637/98).

29. Sob tais coordenadas normativas, não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares. Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos. E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo *“não exclusivos do Estado”*, dando-se que as pessoas jurídicas de direito

---

a colocam fora da *quaestio juris* aqui exposta. Em primeiro lugar, a lei que rege seu funcionamento é outra, a de nº 8.246/91. Segundo, apenas aparentemente houve absorção, por pessoa privada, das atividades de uma entidade pública. Aclaro: é verdade que os arts. 1º e 2º da Lei 8.246/91 extinguiram a Fundação das Pioneiras Sociais e repassaram suas atividades para o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Acontece que a mencionada fundação teve sua origem, justamente, na *“incorporação da sociedade civil Associação das Pioneiras Sociais”*, nos idos de 1960 (art. 1º da Lei 3.736/60). O que isso significa? Que a lei editada em 1991 apenas restituiu à iniciativa privada o desempenho de atividades que, na origem, estavam enfeixadas em suas mãos.

ADI 1.923 / DF

privado **sem fins lucrativos**, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais. Daí o chamado “contrato de gestão” consistir, em linhas gerais, num convênio. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente.

30. Neste passo, calha invocar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem *“no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”*<sup>3</sup>. É como também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, nesta clara dicção: os *“convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes”*<sup>4</sup>. Ainda Marçal Justen Filho, a saber: *“no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe”*<sup>5</sup>. Ora, no caso da celebração, entre Estado e organização social, de “contrato de gestão”, impossível deixar de reconhecer a presença de interesses tão recíprocos quanto convergentes. A entidade privada “contratante” tem objetivos de natureza social e finalidade não lucrativa (alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 2º da Lei 9.637/98). Objetivos e finalidades compartilhados com o Poder Público. Donde José dos Santos Carvalho Filho averbar, categórico:

“Devidamente qualificadas, as **organizações sociais** celebram com o Poder Público o que a lei denominou de **contratos de gestão**, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 635.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 641.

ADI 1.923 / DF

propriamente **contrato** nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro **convênio**, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a **objetivos de interesses comuns**. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.”<sup>6</sup>

31. Pois bem, da conclusão de que o “contrato de gestão” é, na verdade, um convênio, toma corpo o juízo técnico de que, em princípio, **há desnecessidade de processo licitatório para a sua celebração**. Leia-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”<sup>7</sup>

32. Sendo assim, tenho que não viola, em linha de princípio, a Constituição Federal o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98. É que a exclusão de processo licitatório

---

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 339-340.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Diricito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

ADI 1.923 / DF

para a celebração de contrato de gestão nada mais retrata do que a verdadeira natureza convenial do ajuste. Natureza que possibilita, inclusive, a desnecessidade de proceder licitatório para a permissão de uso de bem público (§ 3º do art. 12 da Lei 9.637/98).

33. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.

34. No ponto, precisas são as palavras do então Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, *literis*:

“32. No atual estado de evolução do Estado constitucional, não existe abertura a que juízos dessa monta – a lidar com a centralidade de direitos fundamentais, aqui numa dimensão objetiva, como a que indica ao Estado o dever de prestar educação e saúde – sejam formulados sem que à sociedade esteja franqueado acesso irrestrito a todas as justificativas, razões e percepções do gestor público. Uma ou outra opção precisam, necessariamente, ter aval em motivos e objetivos justificados – e sempre verificáveis –, assim como seus propostos resultados estão sujeitos a controle.

**ADI 1.923 / DF**

33. A adoção do regime jurídico-privado pela Administração demanda um 'nexo de necessidade' e não de mera 'conveniência'. E como se irá obter esse juízo?

34. A Lei 9.637/98, no entanto, organiza um sistema absolutamente aleatório de classificação de organizações que não de ser laureadas com o título de 'sociais', pondo ao isolado alvedrio do administrador, no caso, ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deva regular a área de atuação da entidade (art. 2º, II), o juízo de *oportunidade* e de *conveniência* quanto à absorção pelo Poder Público dos desígnios da instituição-candidata, que então, mediante contrato de gestão, será fomentada com dinheiro, pessoal e material, elevando-se, ainda, a potencial beneficiária de contratação com a Administração, e tudo isso fora das regras regulares de mercado, pois não precisará se submeter a processo público de licitação.

35. Se a retórica de base é a eficiência na prestação do serviço, vai mal o modelo organizado pela Lei 9.637/98. A decisão de se classificar um organismo como organização social, em decorrência do *status* diferenciado que esta nomenclatura confere à entidade, é uma deliberação marcada por todos os contornos do regime jurídico público.

36. Ainda que seja para atuar em espaço de interesse coletivo que está franqueado também aos agentes econômicos privados, o envolvimento material do Poder Público com a organização exige que se espriem os princípios do art. 37 da Constituição da República por todo o conjunto normativo. De nada serve a referência feita aos princípios constitucionais da Administração no art. 7º da Lei 9.637/98, ao tratar do contrato de gestão, se esse ideário é ignorado no instante da verdadeira decisão pública de relevo, que é a própria classificação de que cuidam os arts. 1º e 2º.

37. Aqui surge um tema relevantíssimo ligado à necessária limitação da fuga para o direito privado, que diz com a procedimentalização das condutas administrativo-estatais e sua – virtual – aplicação às entidades privadas que atuem nessa arena.

**ADI 1.923 / DF**

38. A opção por se adotar o regime jurídico-privado para prestar o serviço, ao se classificar uma entidade como 'organização social', não indica que o momento lógico anterior à essa prestação deve também representar a expressão de um lado autônomo do Poder Público. A Administração não passa, a partir da edição da Lei 9.637/98, a deter autonomia – na melhor acepção de direito privado – para escolher a condução de suas ações. Caberá ao gestor percorrer todo o caminho jurídico e administrativo para que, ao fim, obtenha decisão construída num ambiente propício ao controle de suas razões.

39. Isso porque, no final da linha, o que se tem é a destinação de receitas orçamentárias a entidades de direito privado, podendo representar, se exagerada a liberdade de ação, num subterfúgio às destinações legais das verbas, definidas em processo legislativo próprio que é a lei orçamentária.

(...)

**41. A Lei 9.637/98 resente-se da falta de regras que coordenem melhor o controle desse processo de transferência. A tomada de decisão do administrador não está sujeita a nenhum critério objetivo, senão o seu juízo discricionário – ao contrário do ato de desqualificação, que, inversamente, demanda, segundo os termos do diploma examinado (art. 16, § 1º), instauração de procedimento administrativo, a representar a constituição de direitos subjetivos em proveito da organização social prestigiada.**

(...)

43. A disciplina da classificação merece um cuidado maior, sem o que não se harmoniza com a Constituição da República, exatamente por propiciar, na formatação que a literalidade da norma emprega, excessiva discricionariedade do agente público que, no trato da constituição de relações jurídicas com particulares, especialmente para efeito de se pretender obter um resultado público-social, deve atender a níveis republicanos de comportamento. Em suma, a decisão da qualificação, ou não, de uma entidade como organização social, assim como o

ADI 1.923 / DF

processo de lhe integrar ao papel estatal, ainda que pela regência especial do contrato de gestão, deve atender a juízos racionais do agente público, juízos esses que possam ser controlados pelos interessados e, em especial, pela sociedade.

(...)

45. A qualificação pode ser admitida assim, para o propósito de se avaliar a sua constitucionalidade, como uma etapa absolutamente autônoma do processo de transferência do serviço ao regime jurídico privado. Obviamente, a contratação emana de um processo decisório político-administrativo, pois representa a opção pelo modelo jurídico diferenciado de execução de uma atividade pública. **A qualificação como organização social pode ser entendida como espécie de necessária habilitação dos interessados em contratar com o Poder Público.**

46. A habilitação é um passo técnico que não pode se valer de critérios discricionários muito abertos, sob pena de trancar, desde logo, o caminho à contratação.

47. Essa, por sua vez, embora constitua decisão política do gestor público, que nem por isso está absolutamente livre de controle, deve atender a estruturas constitucionais. Volto a LEITE SAMPAIO para dizer que *'se o objetivo é a prestação de serviço público de maneira mais eficiente e eficaz, deve-se oportunizar às organizações sociais existentes a apresentação de sua proposta de trabalho, o que exige publicidade da intenção do Poder Público para firmar o contrato de gestão'*.

48. O contrato de gestão, portanto, somente pode ser firmado com o personagem que tenha sido eleito após resultado de um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social. Nas palavras de LEITE SAMPAIO, *'haverá necessidade de apuração do melhor perfil institucional por*

ADI 1.923 / DF

*meio de decisão fundamentada proferida em procedimento simplificado que confira transparência à escolha e revele a prevalência do interesse público'.*

(...)

54. Sob tal ordem de ideias, e em conclusão, penso que a melhor solução, para efeito de se obter grau suficiente de atendimento a princípios constitucionais, é a de, no controle concentrado, configurar-se pronunciamento que transfira a decisão política de se adotar o regime jurídico privado para o momento de deliberação sobre a possibilidade de optar-se pelo regime do contrato de gestão; **decisão essa que deve partir de um processo público, de padrões objetivos, a que se dê ampla publicidade, possibilitando que todos os interessados possam contratar com o Poder Público, que deve adotar a melhor solução para o fim de se obter o melhor cumprimento da tarefa social pretendida.**

(...)

56. A qualificação, por sua vez, por fazer parte fundamental do processo de habilitação, se for enquadrada pelo ângulo republicano, para que dê chances a absolutamente todos os interessados em atuar na arena pública, deve ser compreendida como um ato vinculado do administrador, o que faz cair a expressão *'quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social'* do inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98." (negritos à parte)

35. É como penso, a partir da observação de que, salvo o que se contém no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98, todos os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal (registro do ato constitutivo, nos termos do inciso I do art. 2º, composição e atribuições do Conselho de Administração, conforme dicção dos arts. 3º e 4º). A patentear que não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública. Donde a impossibilidade de se recusar o qualificativo de organização social àquelas entidades que

**ADI 1.923 / DF**

atendam aos pressupostos formais dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e ainda se nivelem àquelas já contempladas com o juízo afirmativo da Administração; isto é, já formalmente qualificadas como organizações sociais.

36. Daqui se desprende a serena proposição cognitiva de que a aprovação “do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade” é de se dar na esfera da mais franca publicidade e objetiva motivação. Noutros termos, é de se proceder a um chamamento público, com regras objetivas, para que, de todas as organizações sociais com atuação na área em que pretende agir o Poder Público por modo emparceirado com o setor privado, seja convocada aquela de maior aptidão para vitalizar a atividade que, em princípio, demandaria atuação estatal por sua exclusiva conta e risco. Sem contrato ou convênio com quem quer que seja, portanto. É como propõem Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira, na exposição de motivos do anteprojeto de lei que versa, justamente, sobre a formulação do que eles designam por “contrato público de colaboração”. Confira-se:

“O principal objetivo do modelo normativo adotado pelo anteprojeto é o de estabelecer, como exigência prévia à celebração do contrato, a realização de procedimento público sob a denominação de *chamamento público*, corrigindo-se falha hoje existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com os referidos entes. O objetivo é o de permitir o amplo e prévio controle de todas as contratações, pela adoção de um método transparente de escolha do contratado e de determinação do conteúdo do contrato. O chamamento público não é um processo de licitação – e, por isso, não segue o regime legal desta, que não foi concebido para a formatação de contratos de colaboração – mas se inspira em princípios de algum modo semelhantes. Deveras, o processo será realizado em consonância com os princípios legais e constitucionais da Administração Pública,

ADI 1.923 / DF

**especialmente publicidade, isonomia e motivação.**

Ao instituir essa exigência geral de procedimentalização para a celebração dos contratos de colaboração, o anteprojeto tomou o cuidado de não amarrar a ação administrativa a um modelo processual fixo, que poderia inviabilizar a ação administrativa eficiente. A solução jurídica adotada – compatível com a necessidade de flexibilidade – foi a de impor, às entidades administrativas, o dever de, previamente a qualquer contratação, editar normas definindo suas condições e detalhando os procedimentos a serem adotados.” (grifo nosso)

37. Ora, acrescento, outro não é o comando constitucional de procedimentalização ou peculiarização do proceder licitatório das empresas estatais que explorem atividade econômica. Quero dizer: mesmo em se tratando de empresa estatal não prestadora de serviço público, mas exploradora de atividade econômica, a Constituição apenas transferiu à lei a incumbência de peculiarizar o regime de licitação que de logo impôs a todas elas. Não optou pela exclusão do processo licitatório. E não optou pela exclusão de tal proceder competitivo, em homenagem, justamente, aos princípios do art. 37 dela mesma, Constituição Federal. Leia-se o texto:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

ADI 1.923 / DF

38. Nesse fluxo de ideias, imperioso reconhecer a inconstitucionalidade do fraseado *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”*, contido no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98. E no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: **sem a realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão – não, necessariamente, de um processo licitatório –, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.**

39. Por igual, a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública se estende à execução do contrato. Execução que *“será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”* (art. 8º). **Mas uma fiscalização em paralelo: a) àquela que já faz parte das competências constitucionais do Ministério Público e dos Tribunais de Contas; b) àquela exercida pelos próprios cidadãos, como corolário do princípio da publicidade (inciso XXXIII do art. 5º e § 3º do art. 37, ambos da CF).** Sem que isso encontre obstáculo nos arts. 8º a 10, menos ainda no inciso X do art. 4º, todos da Lei 9.637/98.

40. Passo agora à análise das alegações de que seriam inconstitucionais os incisos V, VII e VIII do art. 4º, o inciso II do art. 7º e o art. 14, todos da Lei 9.637/98. Inconstitucionalidade consistente em que os salários dos dirigentes e empregados da organização social, embora pagos com recursos públicos, não seriam fixados nem atualizados por lei. Também assim a contratação de pessoal, que seria discricionária pelo fato da não-realização de concurso público. Ademais, haveria *“fraude à Constituição, mediante a descaracterização do ente público com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao ente privado a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade”*.

ADI 1.923 / DF

41. Nesse novo desafio temático, tenho que os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º, ambos da Lei 9.637/98, não padecem do vício maior da inconstitucionalidade. É que as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, **não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública**. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos. Consequentemente, não se lhes aplica o disposto nos incisos II e X do art. 37 da Constituição Federal. Noutras palavras, mesmo sujeitas a procedimento impessoal na seleção dos empregados<sup>8</sup> e na fixação dos respectivos salários, não há que se falar em concurso público, ou remuneração fixada por lei.<sup>9</sup> Já no tocante aos servidores públicos cedidos na forma do art. 14 da Lei 9.637/98, a situação é oposta. É aplicável – aqui, sim – o inciso X do art. 37 da Magna Carta, segundo o qual *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”*. Sendo assim, toda a retribuição pecuniária paga pelo trabalho dos servidores públicos, mesmo que cedidos, é de ser prevista em lei (ainda que o ônus desse pagamento recaia sobre o órgão ou entidade cessionários). Logo, inconstitucional é o § 1º do art. 14 da Lei 9.637/98, atinente a cessão especial *“com ônus para a origem”*, na parte em que permite a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize.<sup>10</sup> Mais: a parte final do § 2º do mesmo artigo prevê o pagamento

8 Procedimento similar àquele que o § 4º do art. 198 da Constituição Federal exige para a admissão, pelos gestores locais do SUS, dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, ou seja, um *“processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”*.

9 O mesmo raciocínio se aplica ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. As obras, serviços, compras e alienações das organizações sociais não se sujeitam à licitação. **O que se lhes aplica é um procedimento objetivo serviente dos mencionados princípios constitucionais da Administração Pública**. Razão de ser, aliás, do inciso VIII do art. 4º e do art. 17, ambos da Lei 9.637/98.

10 Importante realçar que os servidores públicos cedidos a organizações sociais continuam a auferir todas as vantagens do cargo público que ocupam, ainda que passem a integrar quadro em extinção. E não se diga que vantagens pagas pela organização social se justificariam pela eventual ausência de reajuste dos vencimentos desses servidores (afinal, o

**ADI 1.923 / DF**

de “adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” com recursos públicos, o que, além de ofender o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, vulnera o § 1º de seu art. 169. Pelo que julgo inconstitucional a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14 da Lei 9.637/98. Consequentemente, e por ficar vedado o pagamento, pela organização social, de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, perde sua razão de ser o § 1º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa).

42. Por fim, não posso deixar de propor a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98. É que a lei vigora há mais de doze anos e este Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar. Nesse período, várias entidades públicas (federais, estaduais e municipais) foram extintas, repassando-se para organizações sociais a prestação das respectivas atividades. A Lei 9.637/98 assim procedeu, ela própria, quanto ao Laboratório Nacional de Luz Síncrona e à Fundação Roquette Pinto. Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica, não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de extratificação. As organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data deste julgamento hão de continuar prestando os

Poder Público não teria interesse em valorizar um quadro em extinção). Tome-se como exemplo os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto: dentre os objetivos da Medida Provisória 479, de 30 de dezembro de 2009, está o de “permitir que os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto, cedidos para a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP e para o Governo do Estado do Maranhão e do Rio de Janeiro ou ainda outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente da ocupação de cargos ou funções comissionadas, possam receber a gratificação de desempenho de atividade a que fazem jus em função dos planos de cargos a que pertencem – Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA ou Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte – GDPGTAS ou a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE. Também é incluído o art. 23-A na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, para assegurar a esses servidores todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de produtividade ou de desempenho, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória.”

**ADI 1.923 / DF**

respectivos serviços. Sem prejuízo, claro, da obrigatoriedade de o Poder Público, ao final dos vigentes contratos de gestão, instaurar processo público e objetivo (não, necessariamente, licitação, nos termos da Lei 8.666/93) para as novas avenças.

43. Ante o exposto, voto pela **procedência parcial** desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior. Interpreto ainda, “conforme à Constituição” os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como “organização social”; b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão”.

É como voto.

**ADIN nº 1.923/DF**

**Relator Min. Ayres Britto**

**Requerentes:** *Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT*

**Requeridos:** *Presidente da República e Congresso Nacional*

**Interessados:** *Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Academia Brasileira de Ciências e 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*

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÓMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA

DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo,

moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no

futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial aos princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada

pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que

restringa o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

### VOTO-VISTA

#### **O Senhor Ministro Luiz Fux:**

1. O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram a presente ADIN postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637/98, que *“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”*. Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação *“para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”*.

2. Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal:

*(i) ofensa 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):* a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere

imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

**(ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput):** a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

**(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175):** por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, 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) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às “*atividades contempladas no contrato de gestão*”, o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, caput);

**(iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169):** a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

**(v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, caput e § 4º):** na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta “*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*”, ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

**(vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74):** o caput do art. 4º da Lei, ao listar as “*atribuições privativas do conselho de administração*”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

**(vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129):** o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.

3. Prestadas as informações pelas autoridades que editaram os atos impugnados (fls. 151 e segs.), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 186 e segs.), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em julgamento iniciado em 24

de junho de 1999 e concluído em 01 de agosto de 2007, indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores (fls. 264 e segs.), conforme ementa assim lavrada:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA,

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4. Medida cautelar indeferida.

(ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)

4. No curso do processo, requereram ingresso no feito, em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Intervieram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais, em petições que restaram juntadas por linha aos presentes autos.

5. Nova manifestação foi trazida aos autos pelo Advogado-Geral da União

época, Exmo. Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinando pela procedência parcial do pedido (fls. 429-452) para (i) reputar imprescindível que a opção política pelo modelo de atuação pública através do contrato de gestão seja precedido de processo decisório dotado de publicidade, acessível aos interessados; (ii) afirmar a inconstitucionalidade do condicionamento da qualificação a critérios discricionários, do que decorreria a invalidade da expressão “*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*” constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98; (iii) asseverar a inconstitucionalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porquanto incompatível com a lógica da eficiência que o próprio modelo das organizações sociais pretende promover; e (iv) ratificar a incidência, sem qualquer restrição, do exercício das atividades de controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

6. O eminente Min. Relator Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 07 de abril de 2011, votou pela procedência parcial dos pedidos. Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que “*se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público*”, e “*se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública*”, citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 – **seguridade social** –, 197, 199, §§ 1º e 2º – **saúde** –, 202, *caput* e § 3º – **previdência privada** –, 205, 209, *caput*, 213, *caput* e §§ 1º e 2º – **educação** –, 216, §1º – **cultura** –, 218, *caput* e § 4º – **desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas** –, dentre outros.

7. Na sequência, asseverou o Min. Relator que, no campo dos serviços públicos não exclusivos, a atuação da iniciativa privada ocorreria de modo complementar, sem substituir a ação do poder público. Disso decorreria a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, eis que, ao extinguirem entidades públicas e determinarem a absorção de suas atividades por organizações sociais, configurariam verdadeira substituição do Estado, reservando a este o mero papel de indutor, fiscalizador e regulador, o que seria próprio apenas às atividades econômicas, e não aos serviços públicos. Entendeu o Min. Relator por modular, no

ponto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando os atos praticados até o momento com base no diploma legal.

8. No que pertine, por sua vez, ao modelo geral das Organizações Sociais instituído pela Lei, ressaltou o Min. Relator a circunstância de o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. A natureza de convênio, ainda, afastaria a pecha de inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, desde que observados, invariavelmente, os princípios da *impessoalidade, da publicidade e da eficiência*, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas, razão pela qual conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos e, ainda, aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei, resguardando, em todas as hipóteses, o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição.

9. Afirmou, nessa mesma linha, a inconstitucionalidade da expressão *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”* constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, porquanto, ao conferir competência discricionária ao Poder Executivo, mostrar-se-ia incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento de qualificação. Por fim, após considerar que, por não serem funcionários públicos, aos empregados permanentes das Organizações Sociais não seriam aplicáveis os princípios da legalidade na remuneração e do concurso para admissão, reputou inconstitucional a expressão *“com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”*, constante do § 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, e, por conseqüência, o § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com relação aos servidores públicos cedidos às entidades privadas, não seria possível o pagamento de qualquer verba, ainda que privada, sem previsão em lei.

10. Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

11. A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

12. É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevaletentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas têm de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

13. Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, *caput*) e à educação (CF, art. 209, *caput*), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “*livres à iniciativa privada*”.

14. Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*<sup>1</sup>, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos *compartidos*<sup>2</sup>, serviços públicos *não privativos*<sup>3</sup>, ou serviços públicos *não exclusivos*<sup>4</sup>: poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, *caput*, da CF.

15. Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse público*, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 181.

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 180 e segs.

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 666.

<sup>4</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

16. Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram *serviços públicos*, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. Confira-se o precedente, relatado pelo Min. Eros Grau:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)

17. Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a *delegação* de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, 'b') –, não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “*livres à iniciativa privada*” e/ou “*deveres da Sociedade*”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

18. Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “*ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*” (art. 1º, *caput*, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema *de fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

19. Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma *direta* ou *indireta*, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto<sup>5</sup>: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja

---

<sup>5</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*, In: *Direito administrativo econômico*, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74: “O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado *Gendarme* tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infraestrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.

através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

20. Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

21. Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, *caput*, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

22. Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social<sup>6</sup>. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda

---

<sup>6</sup> Exemplo de leitura excessivamente abrangente da Constituição, capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos, consiste na denominada *Era Lochner* no direito constitucional norte-americano. Tal momento histórico foi caracterizado por uma postura interpretativa da Suprema Corte americana no sentido de valorizar ao mais alto grau a liberdade de contratar, invalidando diversas leis que pretenderam intervir em setores da economia. O precedente que conferiu denominação a tal período, *Lochner v. New York*, foi julgado em 1905, tendo a doutrina ali manifestada vigorado até o ano de 1937, com a decisão proferida em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*.

23. Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (CF, art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

24. Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – *a prestação dos serviços sociais* – seja alcançado<sup>7</sup>. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

25. Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais<sup>8</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema,

---

<sup>7</sup> A doutrina atual do direito administrativo tem realçado a preponderância, no cenário moderno, do *controle do resultado* na atuação dos poderes públicos, principalmente à luz de princípios como eficiência e economicidade, como destacado por NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novo referencial do direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175 e segs.

<sup>8</sup> SOUTO, Marco Juruena Villela. *Fomento do desenvolvimento regional*, In: *Direito administrativo estadual*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 196; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 202-203: “Gaspar Ariño Ortiz enfatiza a concepção do *Estado financiador*, concentrado na atividade de *fomento*,

afirma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”<sup>9</sup>, porquanto fortemente calcada na efetivação do *princípio da consensualidade* e da *participação* no direito administrativo.

26. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADIn nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal.

27. A própria Lei nº 9.637/98 menciona expressamente o termo fomento em diversos de seus dispositivos, como se vê de seus arts. 5º, 6º, parágrafo único, e 8º, bem como diretamente da denominação da *Seção V – Do fomento às Atividades Sociais* da Lei, integrada pelos arts. 11 a 15. Não há, assim, risco de sucateamento dos setores, que, pela só previsão em lei desse marco regulatório do terceiro setor, não serão colocados à margem do controle do Estado.

28. Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio

---

entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo. A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos; e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade”.

<sup>9</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Administração pública consensual*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 45.

histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.

29. Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº 9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares. Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.

30. Não há sequer como apontar, nessa linha, que aquelas duas decisões políticas específicas tomadas através da edição do art. 21 da Lei, de extinção do *Laboratório Nacional de Luz Síncrotron* e da *Fundação Roquette Pinto*, vulnerariam a Constituição. Como se viu mais acima, a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pelo prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado*<sup>10</sup>, sendo por isso válida, em abstrato, a instituição de um marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento. Ora, se, portanto, seria válida no futuro a escolha pela intervenção através do fomento, não há como enxergar qualquer óbice a que a Lei optasse por fazê-lo pontualmente, desde logo, com relação aos dois setores ocupados pelas referidas entidades.

---

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175-194.

31. Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição.

32. Afastadas a suposta afronta ao art. 175 da CF e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei, cabe analisar se há alguma violação ao *dever constitucional de licitar* (CF, art. 37, XXI), diante dos pormenores do marco legal das Organizações Sociais. Neste ponto, a argumentação desenvolvida pelos autores diz respeito (i) ao procedimento de qualificação como OS, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à prestação de serviços, nos limites do contrato de gestão já celebrado, pela OS ao Poder Público, (iv) à outorga de permissão de uso de bem público à OS e (v) às contratações de serviços pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, alegando que a ausência de licitação em cada um desses atos representaria violação à Constituição.

33. Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como *contratação* no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a *contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina<sup>11</sup> e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), *é a qualificação da entidade como organização social*. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios.

34. Pelo regime da lei, os requisitos legais do inc. I do art. 2º podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas – com a ressalva do conteúdo *discricionário* do inc. II, a seguir analisado. Assim, não há, nesta etapa de qualificação, verdadeira disputa entre os interessados, já que, repita-se, todos que satisfizerem os requisitos poderão alcançar o mesmo título jurídico, de “*organização social*”, a ser concedido pela Administração Pública. A doutrina contemporânea tem feito uso do termo *credenciamento* para denominar tais casos<sup>12</sup>, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo *includente*, e não *excludente*.

35. Cabe analisar, ainda sob este prisma, o inc. II do mesmo artigo, por força do qual a conclusão do procedimento de qualificação depende de “*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*”. Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

36. Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada *competência discricionária*, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, São Paulo: Ed. Dialética, 2005, p. 39-40.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 925 e segs., e em especial às pp. 928-9.

37. Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional<sup>14</sup>. No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais<sup>15</sup>.

38. Nesse sentido, por exemplo, já teve oportunidade de se manifestar esta Suprema Corte no julgamento da medida cautelar na ADC nº 12, posteriormente confirmada em decisão de mérito, em que se decidiu pela constitucionalidade do ato do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. Afirmou-se, na essência da fundamentação do *decisium*, que o ato regulamentar do CNJ, de inegável natureza administrativa, apenas concretizava os princípios constitucionais que regem a atuação

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 372-6.

<sup>15</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 307-8: "24. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório *externo* ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na idéia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a idéia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público. 25. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade".

da Administração Pública, e com isso reconhecendo-se a incidência direta das normas constitucionais na atividade administrativa do Estado, *verbis*:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. (...) (ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

39. Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à

violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.

40. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no *caput* do art. 37 da CF, em especial os princípios da *impressoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público.

41. E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei nº 9.637/98. Com efeito, a referida Lei dispõe, em seu art. 20, sobre a edição de Decreto consubstanciando 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: 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”.*

42. Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios *objetivos* em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como um veículo para alcançar a concretização das

diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento<sup>16</sup>.

43. O cenário de limitação à atuação do administrador fica completo, na sistemática da Lei, pelo ato oposto ao disciplinado pelo art. 2º, de desqualificação, para cuja produção o art. 16, §1º, impõe um procedimento administrativo formal, com aplicação da garantia da ampla defesa, o que, pelo paralelismo das formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de “organização social” pelo procedimento de qualificação – porquanto toda atividade decisória da administração pública, quando capaz de produzir efeitos a esferas jurídicas de particulares, é necessariamente *processualizada*.

44. Deste modo, a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo, preservando-se, assim, o alerta do Procurador-Geral da República no sentido de que o procedimento de qualificação “*deve atender a juízos racionais do agente público*” (fls. 447). É este o conceito de discricionariedade que, *in casu*, deve ser extraído da Constituição, sem que de qualquer forma se configure, por essa linha, violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, justamente as bases axiológicas da regra constitucional da licitação. Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

45. A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a *celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público*. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato

---

<sup>16</sup> Ressalta a homogeneidade que pode resultar da previsão em atos regulamentares de critérios abstratos para o exercício de competências discricionárias a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 327.

administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado<sup>17</sup>.

46. É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, *pretendem alcançar a mesma finalidade*: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual<sup>18</sup>.

47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impressoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da idéia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*).

48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando

---

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 247-8; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 296.

o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitera-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

“A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público ‘contratante’ possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas”<sup>19</sup>.

49. E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão – literalmente, apenas a *elaboração*, porém – será submetida aos “*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)*”. A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição

---

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749.

da Lei das OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se *qualifiquem* como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à “*observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*”. Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.

50. Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a *celebração do contrato de gestão* com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

51. Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas<sup>20</sup>. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêem outros casos de dispensa<sup>21</sup>, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

---

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*, In: *Licitações e contratos administrativos – casos e polêmicas*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. *A função regulatória na licitação*, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>.

<sup>21</sup> Lei nº 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim

52. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais<sup>22</sup>.

53. E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

54. De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei nº 8.666/93.

55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer

---

específico; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública<sup>23</sup>. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

56. Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “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”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos<sup>24</sup>.

57. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobrás com base na Lei nº 9.478/97 – *embora até o momento o Pleno não tenha*

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 293.

<sup>24</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

*firmado posição sobre o tema.* Confira-se o precedente, da relatoria do Min. Gilmar

Mendes:

Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobrás com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei nº 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário

(AC 1193 MC-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006 PP-00018 EMENT VOL-02239-01 PP-00042 RTJ VOL-00205-03 PP-01084)

58. Ora, se é possível que uma estatal, componente da Administração Indireta, edite regulamento próprio de compras à luz dos princípios constitucionais, inclinando-se em busca da agilidade e da flexibilidade que presidem as aquisições em regime de direito privado, não parece haver motivo para que tal procedimento seja vedada no que pertinente às Organizações Sociais, que sequer integram o conceito constitucional de Administração Pública.

59. As razões expostas até aqui tornam mais simples a resolução das questões ainda pendentes. Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio.*

mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.

60. Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição. A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, § 3º, da Lei. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, *caput*, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.

61. E não há qualquer inconstitucionalidade nos §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98. Da interpretação conjugada de tais dispositivos extrai-se ser possível, em primeiro lugar, que a Organização Social pague, com recursos próprios, vantagens pecuniárias a servidores públicos que lhe forem cedidos; caso se trate, porém, de recursos advindos do contrato de gestão, tal pagamento apenas será válido “na hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” (§2º do art. 14). Em qualquer dos casos, porém, como visto, acima, “não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social”.

62. Tais disposições não ofendem a Constituição porquanto os arts. 37, X, e 169, em seu §1º, apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos feitos aos servidores públicos por entidades da *Administração Pública Direta e Indireta*, pois é isso que se extrai do *caput* do art. 37 (CF, Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*) e do próprio corpo do §1º do art. 169 (CF, Art. 169. § 1º *A concessão de qualquer vantagem ou aumento de*

*remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (...).*

63. Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira *autonomia* das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.

64. Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo "*privativo*", ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2º, I, f, 4º, IX e X, 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

65. Por fim, a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CF. Se não for do interesse de associações e fundações receber os benefícios decorrentes do contrato de gestão, não há qualquer obrigatoriedade de submissão às

exigências formais da lei. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar. Nesse sentido é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em texto escrito sobre o regime da Medida Provisória nº 1.501/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.637/98, impugnada nesta ADIn<sup>25</sup>.

66. *Ex positis*, voto no sentido de *julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;
- (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 246: “Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos, se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º, da MP)”.



Secretaria Estadual da Saúde e "OS" Santa Casa de Andradina, tem 15 dias para justificarem ao TCE, percentual de cerca de 70% sobre R\$ 12.600.946,82 dos recursos repassados em 2012 p/ gestão do AME de Andradina aplicados em "despesas com serviços de terc



*Eu quero o meu  
próprio site!*

10/05/2014 08:09

DIÁRIO OFICIAL de 10/05/2014

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assunto: Prestação de Contas - Repasses Públicos (Contrato de Gestão).

Objeto: Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no AME - Ambulatório Médico de Especialidades de Andradina.

Exercício: 2012

**Valor: R\$ 12.600.946,82**

Órgão Contratante: Secretaria de Estado da Saúde

Responsáveis: David Uip (Secretário - atual); Giovanni Guido Cerri (Secretário - anterior).

Organização Social: Irmandade da Santa Casa de Andradina.

Responsáveis: Fábio Antonio Obici (Diretor Presidente).

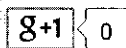
VISTOS. NOTIFIQUEM-SE o Órgão Contratante e a Organização Social para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem justificativas com relação às **“despesas com serviços de terceiros”** (cf. fls. 33/34 do relatório da Fiscalização), **que correspondem cerca de 70% (setenta por cento) do valor total dos recursos repassados.**

PUBLIQUE-SE

[http://www.imesp.com.br/PortalIO/DO/BuscaDO2001Documento\\_11\\_4.aspx?link=/2014/legislativo/maio/10/pag\\_0020\\_68AS1593NGTFUeFU4CSIHJ6PANR.pdf&pagina=20&data=10/05/2014&caderno=Legislativo&paginaordenacao=100020](http://www.imesp.com.br/PortalIO/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2014/legislativo/maio/10/pag_0020_68AS1593NGTFUeFU4CSIHJ6PANR.pdf&pagina=20&data=10/05/2014&caderno=Legislativo&paginaordenacao=100020)

Palavras-chave:

AME ANDRADINA



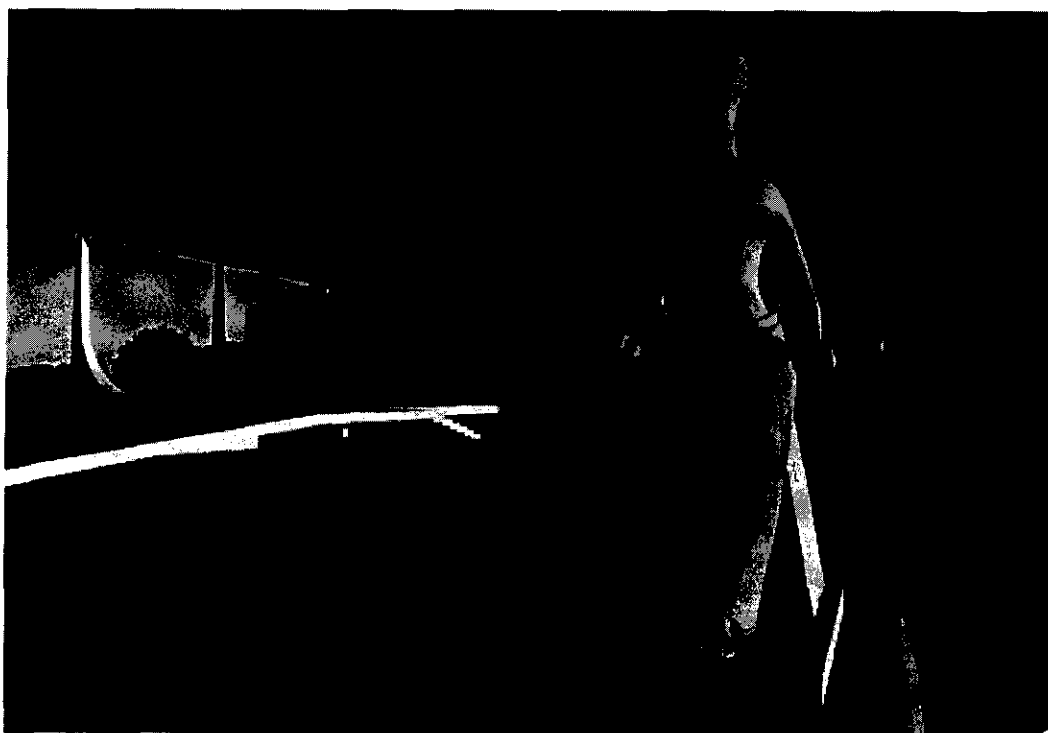
[« Voltar](#)

# Blog do Conselho

Conselho Estadual de Saúde de Goiás – Fiscalizando para melhorar o SUS

## Decisão do STF abre caminho para contestar terceirização da saúde em todo país

Publicado em 28/02/2013



— Foto: JOSÉ PAULO LACERDA/AGÊNCIA ESTADO/AE

Por: Site Última Instância, Paulo César Pastor Monteiro.

Uma decisão recente do STF (Supremo Tribunal Federal) pode afetar hospitais, clínicas e outros serviço de saúde pública administrados pelas OSS (Organizações Sociais de Saúde). Para o especialista Felipe Asensi, o julgamento da Segunda Turma do Supremo,

que restringiu o funcionamento das OSS no município do Rio de Janeiro, pode ser tomar *lead case*, servindo de jurisprudência para ações similares.

Professor de Direito Sanitário na FGV (Fundação Getúlio Vargas), Asensi explica que fato do Supremo ter rejeitado, por unanimidade, o recurso da prefeitura do Rio, o qual pedia a manutenção da terceirização, é um marco no entendimento jurídico dessa questão.

“Essa decisão é a consagração de um entendimento que vai ser muito útil como argumento para outros sindicatos e associações que queiram contestar em seus estados a criação de Organizações Sociais de Saúde. Certamente esse caso vai influenciar toda política judiciária para a saúde”, argumenta.

O Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro, que propôs a ação, acusa a prefeitura de ter optado pela terceirização da saúde, transferindo a sua responsabilidade de administração para as OSS. De acordo com o sindicato, dos 34 mil profissionais da saúde em atividade, de 9,5 mil foram contratados por organizações sociais.

Após a decisão favorável do Supremo, o departamento jurídico do sindicato, afirmou que vai apresentar uma ação pedindo a realização de concurso público para substituir os funcionários sem contrato com a prefeitura.

### **Legalidade da medida**

Atualmente há uma série de projetos de lei no Congresso e uma Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) no Supremo, abordam a atuação das OSS. Asensi lembra que as posições são as mais diversas. Para alguns devem ser proibidas, para outros, pelo contrário, suas atividades devem ser ampliadas.

A Lei 9637/98 regulamenta o funcionamento das organizações, nela a OSS é vista como modo de fomentar e estabelecer parcerias entre o poder público e as entidades filantrópicas (as quais não visam lucro) na orientação e na gestão dos serviços de saúde.

“As OSS em si, não são boas ou ruins. A partir do momento que eu substituo a prestação do Estado por uma organização social, se transfere para pessoas que não tem legitimidade estatal a conveniência de selecionar pessoal, administrar, definir projetos. Isso é equivocado”, analisa o professor.

Asensi lembra que a decisão do Supremo aponta para o uso da OSS como uma alternativa, em casos de desastre natural ou situações de emergenciais, quando

o seu caráter é transitório e visar sanar um problema imediato. No entanto, em vários estados, elas são parte do projeto de saúde, o que não é o ideal.

A Fenam (Federação Nacional dos Médicos), que reúne diversos sindicatos, enxerga na opção do poder público pelas OSS uma forma “precarização” da saúde. Para o presidente da entidade, Geraldo Ferreira, a possibilidade de contratar funcionários sem concurso e de adquirir matérias sem licitação é visto como uma forma de “escamotear a lei”.

“Se uma empresa pode contratar sem concurso, ela pode contratar um apadrinhado de um político. Se ela pode comprar sem licitação, ela pode comprar de fornecedores de campanha de políticos. Por isso há uma grande vigilância do Ministério Público, porque há uma ‘porteira’ aberta para a corrupção”, alerta Ferreira.

### **Justiça de SP anula contratos**

Nesta quinta-feira (4/10), o jornal Folha de S.Paulo informou que a Justiça do Trabalho decretou a nulidade de todos os contratos entre a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo e OSS (Organizações Sociais da Saúde) por supostas irregularidades trabalhistas.

A decisão exige a troca imediata de funcionários terceirizados por servidores concursados nos 37 hospitais e em outras 44 unidades de saúde administradas por essas entidades em todo o Estado de São Paulo.

A decisão é da juíza Carla Malimpenso de Oliveira El Kutby, que atua na 3ª Vara do Trabalho. O pedido foi feito pelo Ministério Público do Trabalho, em ação impetrada em 2010.

Pelos contratos, o Estado repassa dinheiro às entidades, que por sua vez contratam profissionais da saúde para atuarem em unidades que atendem pelo SUS (Sistema Único de Saúde). As OSS gerenciam as unidades, mas é o Estado quem continua responsável por serviços essenciais, como compra de remédios e manutenção dos prédios.

O Ministério Público do Trabalho defende que, ao contratar OSS, o Estado descumpra a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). A juíza acata esse entendimento: considera que esses trabalhadores terceirizados são, na prática, empregados do Estado.

Por isso, deveriam ser concursados ou contratados diretamente pela Secretaria de Estado da Saúde. “O trabalho desenvolvido com pessoalidade e onerosidade

por longo tempo caracteriza subordinação, elemento que qualifica a relação de emprego”, afirmou a magistrada.

*Fonte: Blog Saúde Brasil*

**Comunicação CES-GO**

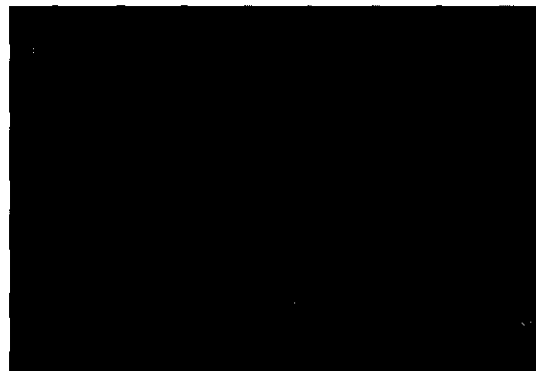
Fone: (62) 3201-4260

comunicaconselho@saude.go.gov.br

[About these ads](#)

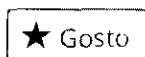
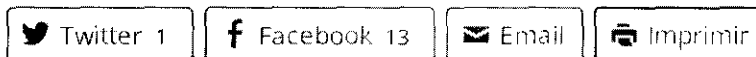
## You May Like

- 1.



---

### COMPARTILHE:



Be the first to like this.

---

### RELACIONADO

Conselho se posiciona  
contra as Organizações  
Sociais  
Em "Conselho"

MPF diz que  
terceirização de hospital  
do SUS em MT é  
inconstitucional  
Em "Organizações  
Sociais"

Saiu na Revista "Carta  
Capital"  
Em "Acontece"

Esse post foi publicado em **Organizações Sociais** e marcado **organizações sociais, saúde, saúde pública, STF, terceirização por conselhusaudego**. Guardar link permanente [<http://conselhusaudego.wordpress.com/2013/02/28/decisao-do-stf-abre-caminho-para-contestar-terceirizacao-da-saude-em-todo-pais/>]

Seguir

Seguir "Blog do

## Conselho”

Obtenha todo post novo entregue na sua caixa de entrada.

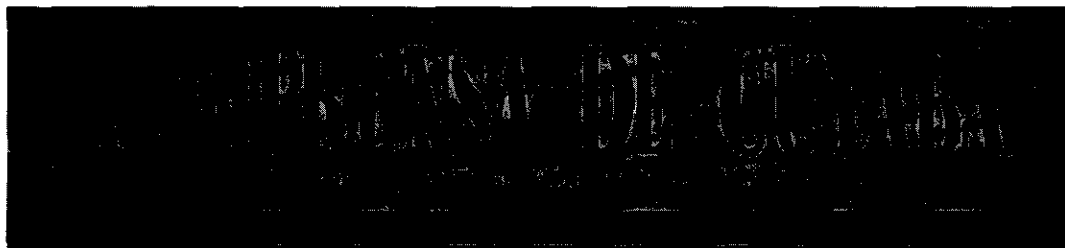
Junte-se a 174 outros seguidores

Insira seu endereço de e-mai

Cadastre-me

---

Tecnologia WordPress.com



Segunda, 16 de abril de 2012, 10h14

Má Gestão

Organizações de saúde começam a dar problemas em MT

Fernanda Leite - Turma do EPA

A implantação de Organizações Sociais de Saúde - OSs - nos hospitais públicos de Mato Grosso não cumprem as obrigações previstas em contrato. A ausência de bons resultados realiza, infelizmente para o público, o resultado previsto pelo Sindicato dos Médicos de Mato Grosso - Sindimed que desde o início mostrou-se contra a atuação dessas Organizações no âmbito da saúde pública.

O Sindimed defende um investimento direto na em saúde, sem contratação de OSs, que de acordo com a categoria, seleciona pacientes para serem atendidos desvirtuando os procedimentos que visam garantir tratamento aos doentes em geral.

### **Dinheiro faz "escala" em contas privadas**

Nesta semana, o Instituto Social Fibra que gerenciava até ontem (13) os hospitais regionais de Colíder e Alta Floresta, deixou de cumprir contratos e aplicou de forma irregular o dinheiro repassado pela Secretaria de Estado de Saúde que "fez escala em contas privadas".

Os valores são referentes ao mês de janeiro totalizando R\$ 5,1 milhões aos institutos, sendo R\$ 2,6 milhões para o Hospital de Colíder e R\$ 2,5 milhões para o Hospital de Alta Floresta.

O instituto movimentou recursos financeiros transferidos pelo Estado numa conta específica e vinculados ao hospital, impedindo que as verbas sejam confundidas com as da organização.

Outro caso envolvendo OSs foi à denúncia de transferências de pacientes do Pronto Socorro de Cuiabá para o Hospital Regional de Cáceres, também é gerenciado por uma OSs, para realização de cirurgia ortopédica para, supostamente, beneficiar a Organização.

De acordo com o pedreiro Marcelino Francisco Cruz, o médico Walter Tetila o aconselhou, depois de consulta em virtude de ferimentos provocados por um acidente de moto, a viajar para Cáceres e, assim, realizar a cirurgia no braço e

perna. “O médico me deu alta e eu fui pra lá a pedido do médico”, disse o paciente

Marcelino realizou somente a cirurgia na perna, e continuou com a fratura no braço. Familiares procuraram o Pronto Socorro de Várzea Grande, que realizou a cirurgia no braço. Além disso, foi constatado que Marcelino contraiu uma infecção.

O médico, justificou que pediu a Marcelino e mais 3 pacientes que procurassem o Hospital de Cáceres, sob alegação de falta de anestesista e material para realização das cirurgias.

### **Pronto Socorro de Cuiabá desmente versão de falta de material**

Já a assessoria do P.S de Cuiabá informou que há anestesistas nas escalas, o que desmente a informação prestada pelo médico e, mais ainda, há estoque de materiais para realização de cirurgias ortopédicas. Marcelino procurou o MPE e formalizou a denúncia que será investigada.

Com todos esses problemas ocorrendo, o Hospital Metropolitano de Várzea Grande entrou na linha de mira e passa a ser alvo de de futuras investigações, pois, segundo pacientes, os tratamentos de saúde lá não acontecem como o previsto. As queixas se avolumam e as denúncias podem vir á tona.

### **Confira a íntegra da nota da Secretaria de Saúde sobre o rompimento do contrato com o Instituto Fibra:**

O Governo de Mato Grosso, por meio da Secretaria de Estado de Saúde (SES/MT), vem a público esclarecer a decisão em rescindir os Contratos de Gestão firmados entre a SES e o Instituto Social Fibra (OSS), para o gerenciamento e execução das ações e serviços de saúde dos hospitais regionais de Alta Floresta e Colíder.

O Instituto Social Fibra feriu o item 2.1.44 da cláusula segunda dos Contratos de Gestão que estabelece que a contratada deve “...movimentar os recursos financeiros transferidos pela contratante para a execução do objeto do contrato, em conta(s) bancária(s) específica(s) e exclusiva (s), vinculada(s) ao Hospital, de modo a que os recursos transferidos não sejam confundidos com os recursos próprios da contratada...”.

A Comissão Permanente de Contrato de Gestão da Secretaria de Estado de Saúde, que tem a função de acompanhar e monitorar os contratos de Gestão com as Organizações Sociais de Saúde (OSS) detectou tal irregularidade.

As providências adotadas pela Secretaria de Estado de Saúde até o momento foram: pedido de investigação por parte da Auditoria Geral do Estado (AGE) , do Tribunal de Contas do Estado (TCE), ao Ministério Público Estadual (MPE) e

demais providências cabíveis que o caso requer; e comunicação do fato à Procuradoria Geral do Estado (PGE) para auxílio às providências.

Até a presente data a SES repassou ao Instituto Social Fibra para a manutenção das unidades hospitalares, o valor de R\$ 2.600.000,00 ao Hospital Regional de Colíder e R\$ 2.500.000,00 ao Hospital Regional de Alta Floresta, referentes ao mês de janeiro para cada unidade.

A Secretaria de Estado de Saúde garante a não descontinuidade da prestação de serviços à população que se serve destas unidades hospitalares e para tanto já providenciou contrato emergencial por 180 dias, com o Instituto Pernambucano de Assistência em Saúde (IPAS), que estará assumindo as duas unidades no dia 13 de abril. Por outro lado a SES já está organizando a publicação de um novo chamamento público para o gerenciamento dos hospitais.

A atitude da Secretaria de Estado de Saúde demonstra que o novo modelo de gestão em buscar parceria com Organização Social de Saúde é eficaz, transparente e o contrato de gestão possui mecanismos de controle e fiscalização que permitem a intervenção e interrupção do contrato quando ele é ferido pela parte contratada.

O esforço empreendido na Saúde, no último ano, na implantação do novo modelo de gestão para a Saúde Pública de Mato Grosso na parceria com Organização Social de Saúde na Assistência Médico Hospitalar vem alcançando resultados expressivos bem como o acesso ao Usuário do Sistema Único de Saúde. E o Propósito do Governo é continuar proporcionando aos mato-grossenses serviços de saúde acessíveis e de qualidade dentro das diretrizes e normas do SUS na equidade e transparência.

Secretaria de Estado de Saúde - SES/MT  
Governo do Estado de Mato Grosso

Fonte: **A Imprensa Cuyabá**

Visite o website: [www.imprensadecuiaba.com.br](http://www.imprensadecuiaba.com.br)

# Blog do Conselho

Conselho Estadual de Saúde de Goiás – Fiscalizando para melhorar o SUS

## Conselho apoia a Promotora Fabiana Zamalloa e reforça posicionamento contra as OS's

Publicado em 29/10/2012

Em resposta às afirmações do diretor da Advocacia Setorial, da Secretaria Estadual de Saúde, veiculada em importantes meios de comunicação, o Conselho Estadual de Saúde de Goiás encaminhou uma nota à imprensa para reforçar seu posicionamento contrário à gestão de hospitais públicos por Organizações Sociais. A nota também apoia a Promotora de Justiça, Dra. Fabiana Zamalloa, após ação civil pública pedindo ao Estado, que não firme, renove ou prorrogue contratos com organizações sociais (OSs) para gerir a saúde (leia a ação aqui).

### Leia a nota do Conselho:

*O Conselho Estadual de Saúde de Goiás tem se posicionado de forma contrária a entrega da gestão dos Hospitais Públicos Estaduais às Organizações Sociais desde o princípio da contratualização. Neste sentido, se manifestou por meio de Resolução e do Relatório da Conferência Estadual de Saúde de Goiás. O Conselho, assim como Conselhos de outros Estados, levou o debate à 14ª Conferência Nacional de Saúde, que acatou em seu Relatório Final e firmou opinião contrária às OS's em âmbito nacional.*

*Da mesma forma, o Conselho Estadual de Saúde de Goiás participou de Audiências Públicas sobre o assunto e se reuniu com a Promotora Estadual de Justiça, Fabiana Zamalloa, fornecendo materiais comprobatórios das ações do Conselho, como parceiro do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal. Portanto, não há o que dizer deste Conselho ter sido inerte, pois é nesta instituição, onde a população exerce o controle social e fiscaliza as ações da Secretaria Estadual de Saúde de Goiás que os Conselheiros Estaduais de Saúde manifestam uma reflexão da sociedade por um Sistema Único de Saúde de qualidade e 100% público.*

[About these ads](#)

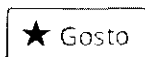
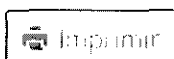
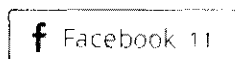
## You May Like

- 1.



---

### COMPARTILHE:



Be the first to like this.

---

### RELACIONADO

Reunião no Conselho aborda as "Organizações Sociais" Em "Organizações Sociais"

Conselho realiza Reunião Ordinária de dezembro Em "Acontece"

Conselho se posiciona contra as Organizações Sociais Em "Conselho"

Esse post foi publicado em **Conselho, Ministério Público, Organizações Sociais, Secretaria Estadual de Saúde GO** e marcado **Fabiana Zamalloa, Ministério Público, organizações sociais por conselhosaudego**. Guardar link permanente [<http://conselhosaudego.wordpress.com/2012/10/29/conselho-apoia-a-promotora-fabiana-zamalloa-e-reforca-posicionamento-contras-os%c2%b4s/>].

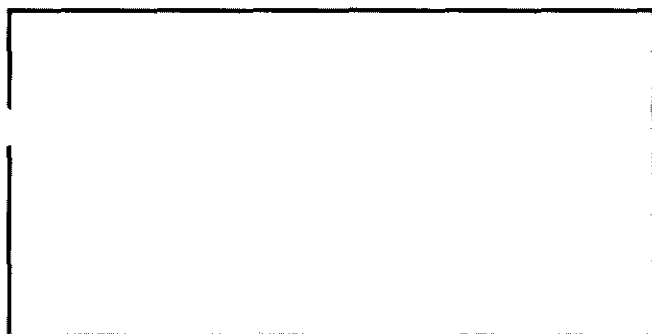
↳

---

Seguir

Seguir "Blog do Conselho"

- [notícias](#)
- [notícias](#)
- [esportes](#)
- [esportes](#)
- [variedades](#)
- [vídeos](#)
  
- [ASSINE JÁ](#)
- [CENTRAL](#)
- [E-MAIL](#)  
[criar e-mail globomail free globomail pro](#)
- [ENTRAR >](#)
- [ENTRE](#)



15/09/2011 07h33 - Atualizado em 15/09/2011 07h34

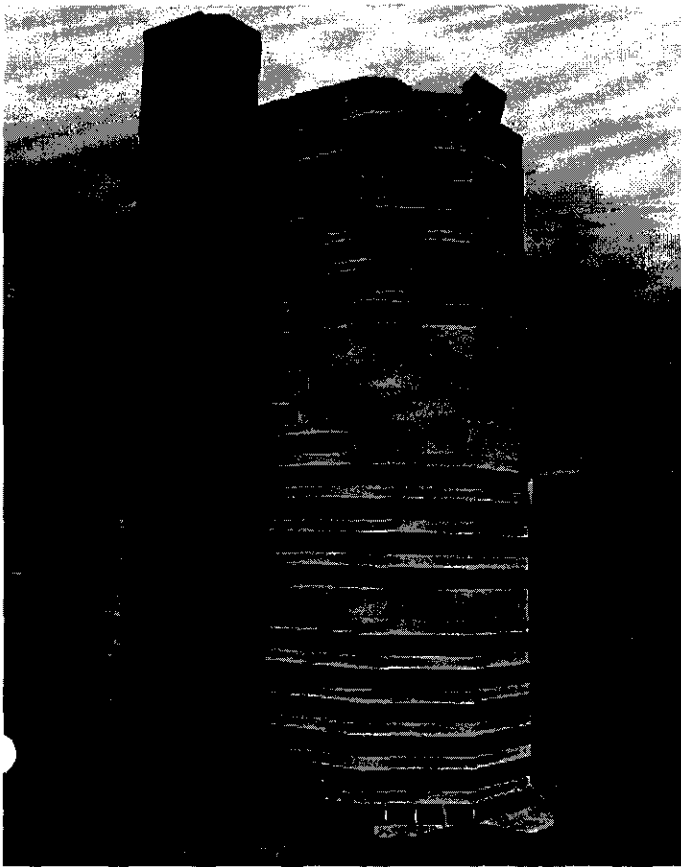
## **Organizações sociais gerem hospitais em SP há 13 anos; veja prós e contras**

**No Rio, mudança de gestão na saúde foi aprovada na Assembleia.**

**Em São Paulo, ideia de ofertar leitos a planos de saúde acabou na Justiça.**

**Luciana Bonadio Do G1 SP**

[imprimir](#)



**Instituto do Câncer de São Paulo é exemplo de**

**OSs**

**(Foto: Divulgação/Secretaria da Saúde)**

O modelo de gestão da saúde por organizações sociais, aprovado na terça-feira (12) pela Assembleia Legislativa do Rio (Alerj), existe em São Paulo desde 1998. O governo estadual considera que ele se mostrou eficiente nos últimos 13 anos porque une o atendimento público gratuito às ferramentas privadas de administração. Representantes de sindicatos do setor, no entanto, são contra o modelo, pois consideram que ele abre espaço para o mau uso do recurso público.

Atualmente, segundo dados da secretaria, 37 hospitais, 38 Ambulatórios Médicos de Especialidades (AMEs), um centro de referência, duas farmácias e três laboratórios de análises clínicas são administrados por organizações sociais em São Paulo. O Instituto do Câncer e o hospital estadual em Araraquara são exemplos de gestões das OSs. O repasse anual para os hospitais e ambulatórios fica em torno de R\$ 3 bilhões. No total, há 4.300 leitos disponíveis em todo o estado em unidades geridas pelo sistema.

**saiba mais**

- Deputados aprovam gestão da saúde por organizações sociais no RJ
- Entenda como funciona a gerência da Saúde por Organizações Sociais
- Justiça de SP suspende decreto que oferece 25% dos leitos para planos

As organizações sociais são entidades sem fins lucrativos que recebem o recurso público para cuidar da administração da unidade de saúde. A secretaria diz que, para serem selecionadas, elas precisam ter pelo menos cinco anos de experiência em serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A escolha é feita por convocação pública e vencem as entidades que apresentarem o projeto considerado ideal.

O governo de São Paulo afirma que as entidades do terceiro setor que gerenciam os hospitais estaduais paulistas “são conhecidas da população e têm tradição na área da saúde” e cita a Unifesp e Faculdade de

Medicina da Universidade de São Paulo (USP) como exemplos. Ainda segundo a secretaria, o contrato de gestão prevê metas que o hospital deve atingir, seja de quantidade (partos, consultas, exames e cirurgias), como de qualidade, entre elas índices de mortalidade materna e controle de infecção hospitalar.

### **Críticas**

O presidente do Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde no Estado de São Paulo (SindSaúde-SP), Benedito Augusto de Oliveira, não concorda com o formato. “Não tem funcionado, é estranho o Rio de Janeiro aprovar. É uma saída para quem quer tratar a saúde como um sistema privado. Nenhuma entidade séria no país apoiou as organizações sociais como modelo. Esse negócio é um câncer na sociedade”, diz.

Ele critica, por exemplo, como é feita a compra de produtos hospitalares. “Ela [organização social] não cumpre o ritual de compras de insumos como é no serviço público. E, como é uma entidade privada, posso comprar do meu amigo, sem problemas”, exemplifica.

O presidente do Sindicato dos Médicos de São Paulo (Simesp) e da Federação Nacional dos Médicos, Cid Carvalhaes, diz que não há fiscalização de como os recursos são empregados. “Eu recebo R\$ 50 mil para atender um setor X. Eu presto conta com todo o rigor possível. Mas isso quer dizer que eu utilizei de maneira adequada, que eu contratei os melhores profissionais? Não há a avaliação da aplicabilidade dos recursos”, defende.

Carvalhaes afirma que houve casos de “déficit orçamentário monstruoso”. “E o que a gente observa é que o atendimento é ruim. O conjunto das OSs tem ocasionado um atendimento insuficiente”, acredita. Ele lista outros problemas do modelo. “A falta de atendimento de urgência, a falta de critério definido de seleção de pessoal, as modificações em remuneração, a rotatividade dos recursos humanos. É um conjunto de coisas que a gente fica bastante assustado”, completa.

A Secretaria da Saúde informa que “o Estado tem a responsabilidade da manutenção financeira desses hospitais e controla onde e como é investido o dinheiro público”. Segundo a pasta, o governo paulista recebe todos os meses um relatório com a prestação de contas das organizações, com a discriminação dos gastos e do atendimento realizado. O documento é encaminhado ao Tribunal de Contas do Estado e a uma comissão composta por dois representantes do Conselho Estadual de Saúde, outros dois da Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa e por técnicos indicados pela secretaria.

O governo pondera ainda que, em pesquisa de satisfação realizada no segundo semestre de 2010, com 204 mil usuários do SUS, “os dois hospitais com melhor avaliação foram justamente os gerenciados por OS: o Icesp (Instituto do Câncer do Estado de São Paulo), na capital, e o Hospital Estadual de Américo Braziliense, na região de Araraquara”.

### **Oferta de leitos**

Nos últimos meses, as Organizações Sociais (OSs) estiveram envolvidas em uma polêmica: a oferta de 25% dos leitos de hospitais públicos gerenciados pelas entidades para planos privados de saúde. A possibilidade de que estabelecimentos públicos de saúde ofertem até 25% de sua capacidade operacional para atender pacientes usuários do sistema privado foi instituída pela Lei Estadual nº 1.131/10, de 27 de dezembro de 2010, e regulamentada por decreto em 6 de julho.

A regulamentação autoriza a oferta de saúde a particulares no Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e no Hospital de Transplantes do Estado de São Paulo. Para que pacientes de planos privados recebam atendimento, é necessário que a unidade de saúde gerida pelas OSs seja a única detentora de mais de 50% da oferta de serviços de saúde em determinada região e que preste serviços de saúde especializados e de alta complexidade.

Segundo a Secretaria da Saúde, a regulamentação da lei proíbe expressamente reserva de leitos e privilégios a pacientes de planos de saúde, mas permite que os hospitais recebam dos planos de saúde por atendimentos prestados a seus clientes. Este atendimento já acontece atualmente, sem possibilidade legal de cobrança no caso das OSs.

O Ministério Público de São Paulo ajuizou, em 9 de agosto, uma ação civil pública contra o Estado de São Paulo para impedir a oferta dos leitos. Uma liminar da Justiça de São Paulo suspendeu no dia 31 de agosto os efeitos do decreto. A secretaria está recorrendo da decisão.

Publicidade



- Link

Seu nome

Seu e-mail

Enviar para

Comentário 140 caracteres

ATUALIZADO! Contra Fatos não há argumentos que sustentem as Organizações Sociais no Brasil

## **DOCUMENTO: “CONTRA FATOS NÃO HÁ ARGUMENTOS QUE SUSTENTEM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL”**

### **Relatório Analítico de Prejuízos à Sociedade, aos Trabalhadores e ao Erário por parte das Organizações Sociais (OSs) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)**

O presente documento foi elaborado pela Frente Nacional contra a Privatização da Saúde formada por Fóruns de Saúde de diversos estados, movimentos sociais, centrais sindicais, sindicatos, projetos universitários e várias entidades de âmbito nacional[1]. Tem como objetivo apresentar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal **fatos ocorridos, nos estados e municípios brasileiros que já implantaram as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)** como modelo de gestão dos serviços públicos na área da saúde, que **têm trazido prejuízos à sociedade, aos trabalhadores e ao erário**. Frente a tais fatos, **não existem argumentos capazes de sustentar a defesa jurídica ou econômica das Organizações Sociais, principalmente na gestão dos serviços de saúde. Eles atestam a necessidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal julgarem procedentes os pedidos de inconstitucionalidade formulados no âmbito da ADI 1.923/98.**

Os fatos aqui elencados foram baseados em depoimentos de usuários e trabalhadores dos serviços das OSs e em pesquisa na imprensa que noticia a realidade desses serviços, a situação dos trabalhadores e as diversas fraudes que envolveram vultosos recursos públicos, em prejuízo da Administração Pública. **Fatos existentes nas OSs implantadas que demonstram que estas têm trazido prejuízo ao erário, aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) e aos trabalhadores:**

#### **As OSs têm trazido prejuízo ao Erário**

**As fraudes que envolvem recursos públicos resultam na violação frontal ao princípio da Moralidade na Administração Pública.** A Lei 6.937/98 que cria as Organizações Sociais garante a essas a aquisição de bens e serviços sem a emissão de licitações e as mesmas não necessitam prestar contas a órgãos internos e externos da administração pública, porque essas são atribuições do “Conselho Administrativo” gerido da forma que as OSs acharem cabíveis. Isto tem aberto precedentes para o desvio do erário. Deste modo, sem haver fiscalização, o desvio de recursos públicos tem ocorrido de forma mais intensa nos estados e municípios em que esse modelo de gestão já foi implantado.

**Na capital de São Paulo, a Polícia Federal, a Controladoria Geral da União, a Receita Federal e o Ministério Público fizeram uma operação contra o desvio de recursos públicos** “[...] A parceria do poder público com organizações sociais que prestam serviços em áreas consideradas 'socialmente sensíveis', como a saúde, a educação, a profissionalização e a assistência social é prevista por lei federal. Segundo a Polícia

Federal a organização investigada faturou mais de R\$ 1 bilhão nos últimos cinco anos. Desse total, R\$ 300 milhões teriam sido desviados em favor de pessoas e empresas que participavam de projeto envolvendo entidade e o poder público"[2].

Essas fraudes ocorrem também camufladas nas compras de equipamentos, como é o caso da Organização Social Amplus que deixou de operar serviços de raios-X e ultrassonografia em 58 unidades do estado de São Paulo sem ao menos ter instalado os equipamentos exigidos no contrato de R\$ 108 milhões feito com a prefeitura. Essa OS é acusada de "fraudes trabalhistas e sonegação de ao menos R\$ 1,2 milhões, na qual a Secretaria Municipal de Saúde é considerada corresponsável." Frisando o fato de que há "dois anos o Tribunal de Contas do Município (TCM) apontou as irregularidades, mas o contrato vigorou até o fim"[3].

Em abril de 2010, segundo a Folha de São Paulo, de 10/08/2010, "um grupo de vereadores vistoriou o hospital municipal São Luiz Gonzaga, no Jaçanã (zona norte), e descobriu que a OS Irmandade da Santa Casa de São Paulo não vinha realizando ultrassons e raios-X no hospital, apesar de receber para isso R\$ 1 milhão por ano. 'As OSs fazem o que querem', diz a vereadora Juliana Cardoso (PT), da Comissão de Saúde da Câmara. Segundo a Irmandade Santa Casa, o hospital do Jaçanã não tem feito todos os exames por falta de pacientes que precisem deles".[4]

Desde 2004, "a fatia do orçamento da Saúde estadual paulista destinada às OSs cresceu 202% (foi de R\$ 626,2 milhões para R\$ 1,891 bilhão em 2009). No mesmo período, o orçamento da pasta cresceu em velocidade bem menor: 93%. Presidente do TCE vê problema em modelo. Para ele, Estado não tem condições de fiscalizar o que está em contrato e menos ainda de fixar preço pelo que compra. Modelo também é criticado por entidades ligadas ao funcionalismo; secretaria diz haver controle público e defende critérios adotados [...] As entidades ligadas ao funcionalismo público também criticam o modelo: 'Quase R\$ 2 bilhões em dinheiro público serão colocados só neste ano nas mãos de entidades privadas selecionadas ao arbítrio da secretaria. E sem passar por licitações, sem a necessária transparência do que é feito com o recurso, sem controle social', critica o presidente do Sindicato da Saúde Pública no Estado, Benedito Augusto de Oliveira [...] As entidades contrárias às OSs dizem também que o modelo prepara o terreno para a privatização dos serviços públicos. Encontra o apoio do presidente do TCE: 'Se não é essa a intenção, o caminho está aberto para isso. Especialmente com as modificações na lei das OSs em São Paulo', afirmou. 'É como aconteceu nas estradas. Primeiro se sucateia, depois se diz: só tem uma saída: vamos privatizar e cobrar pedágio.' (Folha de São Paulo, 31/08/2009).[5]

Uma entidade criada por empresários da construção civil ganhou da Prefeitura de São Paulo o título de OS (organização social) e passou a receber dinheiro público para dirigir postos de saúde municipais. Depois, com essa verba, a entidade contratou a empresa médica do filho de um de seus diretores para realizar as consultas em postos da Penha e de Ermelino Matarazzo (zona leste). A empresa em questão se chama Apos (Associação Paulista de Oftalmologia e Saúde). Cada oftalmologista recebe R\$ 77 por hora. O diretor da Apos é o médico Francisco Penteado Crestana, filho de Francisco Virgílio Crestana, ex-presidente e atual conselheiro da entidade, o Seconci (Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo). Nos três anos do contrato, até 2011, o Seconci receberá R\$ 46 milhões da prefeitura - valor suficiente para construir e equipar um hospital de médio porte. Para o Tribunal de Contas do Município, órgão que fiscaliza as contas da prefeitura, a situação é irregular. Isso porque, como OS, a entidade deveria contratar e pagar diretamente os médicos que atuam nos postos de saúde, e não terceirizar esse serviço. "A prefeitura terceiriza a gestão do posto, entrega a

uma OS. Depois, a OS terceiriza o atendimento, a própria atividade-fim. Essa “quarteirização” não é prevista no contrato”, diz o conselheiro do TCM Maurício Faria.[6] **Hospitais entregues a Iniciativa Privada (OSs) em SP gastam mais. O preço dos produtos utilizados para prestar atendimento à população pode variar mais de 500% nos hospitais estaduais, que seguem um modelo terceirizado.** Enquanto uma OSS (Organização Social de Saúde) contratada pelo governo compra um cateter por R\$ 0,45, outra entidade, com a mesma função, paga até R\$ 2,55. Diferenças grandes também são observadas quando a comparação é feita com valores calculados pela BEC (Bolsa Eletrônica de Compras), que traz exemplos de **negociações feitas pelo Estado em situações que exigem pregão. Uma ampola de clindamicina – medicamento usado para tratar infecção – pode custar mais que o dobro se comprada fora do pregão.** Os dados estão publicados em relatórios produzidos pela própria **Secretaria de Estado da Saúde**, responsável pela contratação das entidades, e referem-se às unidades hospitalares terceirizadas na Grande São Paulo. A reportagem teve acesso a seis desses documentos, com informações do período de janeiro de 2008 a junho de 2009.[7]

A Prefeitura de São Paulo estuda a contratação de uma empresa para auditar as prestações de contas das OSs (organizações sociais privadas) “que recebem verba pública para dirigir hospitais e postos de saúde municipais [...] **A decisão de buscar uma fiscalização externa tem origem na dificuldade enfrentada pelos auditores municipais para verificar se as OSs estão aplicando os recursos públicos adequadamente.** Num relatório recente, o **Tribunal de Contas do Município descreveu os auditores como ‘escasso quadro técnico’ e de trabalho ‘falho e ineficiente’.** A prefeitura não diz quantos são na equipe. No ano passado, as OSs receberam cerca de R\$ 1,4 bilhão para gerenciar UBSs (postos de consulta), AMAs (postos de pronto-atendimento), hospitais, laboratórios de exames e equipes do Programa Saúde da Família. O orçamento total da secretaria foi de R\$ 5,3 bilhões. **As auditorias também são dificultadas pelo fato de as OSs enviarem suas contas em folhas de papel.** A empresa que for contratada terá de informatizar o sistema” (Folha de São Paulo, 10/08/2010).[8]

Atualmente vem ocorrendo a venda de OSCIPS (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-) pela internet, essas entidades não governamentais “sem fins lucrativos” vem recebendo do Ministério da Justiça uma espécie de selo de qualidade, que lhes proporciona a prestarem serviços públicos e a serem contratadas pelo governo, esse processo possibilita que hajam uma série de irregularidades envolvendo essas entidades. Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), é de R\$ 120 milhões o total de verba federal que não teve prestações de contas apresentadas ou ainda não analisadas de termos de parceria, instrumento de uso exclusivo das OSCIPS.[9]

Segundo análise do Sistema de Gerenciamento do Orçamento Paulista (Sisgeo), de 2006 a 2009, o Estado de São Paulo repassou para as instituições terceirizadas o equivalente à 40% de seus recursos públicos. São Paulo gasta 25% de seus recursos com essas instituições, valor que representa o que todos os estados brasileiros investem no setor privado. “Segundo levantamento do portal R7, em 2006, último ano da gestão de Geraldo Alckmin (PSDB) à frente do estado de São Paulo, o governo gastou R\$ 7,95 bilhões em terceirizações. No ano seguinte, primeiro de José Serra (PSDB) à frente do governo paulista, o valor repassado a terceiros foi de R\$ 8,53 bilhões. Nos anos seguintes, o montante continuou a crescer, chegando a R\$ 9,61 bilhões em 2008 e R\$ 10,26 bilhões em 2009.” Esse processo demonstra que os recursos públicos não estão sendo

**racionalizados como pretendem as OS, ao contrário, eles vêm aumentando gradativamente paralelo a precarização dos serviços oferecidos.[10]**

Em Março de 2009, o ex-diretor adjunto da Secretaria Municipal de Saúde da capital de São Paulo, Ailton de Lima Ribeiro, foi intimado pelo TCM para se manifestar sobre irregularidades apontadas em 14 contratos firmados com OSs para a gestão de hospitais e ambulatorios, quando ele ainda era secretário adjunto de Saúde. Ailton Ribeiro foi também superintendente executivo do Hospital Regional de Santa Maria, no Distrito Federal (DF), durante a gestão de José Roberto Arruda. **A administração do governador cassado firmou um contrato, sem licitação, no valor de 222 milhões de reais, com a entidade Organização Real Sociedade Espanhola de Beneficência (uma OS) para assumir a gestão do hospital. O Ministério Público do DF contestou essa parceria, por haver fortes indícios de envolvimento da entidade no pagamento de propinas e doações irregulares à campanha de Arruda em 2006.**

Há ainda, a "quarteirização" dos serviços gerenciais no âmbito da PMSP - a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) Via Pública, contratada sem licitação, subcontratou a empresa espanhola Gesaworld S.A. para lhe prestar consultoria na área de saúde. Só que no site da empresa sediada em Barcelona ([www.gesaworld.com](http://www.gesaworld.com)) encontra-se a própria PMSP listada entre seus clientes famosos e não a OSCIP que lhe garantiu o pagamento de aproximadamente R\$ 1,5 milhão por um ano de contrato.[11]

**Os hospitais públicos geridos por OSs, em São Paulo, possuem um rombo equivalente a 147,18 milhões. Segundo pesquisas publicadas por [viomundo.com.br](http://viomundo.com.br), de 2008 a 2010, foi comprovado que os hospitais terceirizados, geridos por OS, custaram aos cofres públicos de SP mais de 50% do que os hospitais administrados diretamente pelo setor público. "O Viomundo também revelou que, de 2006 a 2009, os gastos com as OSs saltaram de R\$ 910 milhões para R\$ 1,96 bilhão. Uma subida de 114%. No mesmo período, o orçamento do estado cresceu 47%. Ou seja, as despesas do estado de São Paulo com a terceirização da saúde cresceram mais que o dobro do aumento do orçamento público."**

São Paulo já possui 34 hospitais públicos geridos por OS. Até o início de 2010, 22 desses tinham apresentado o balanço referente ao patrimônio. Apenas 4 hospitais estão com saldo positivo, enquanto 18 apresentaram saldo negativo do patrimônio, ou seja, 80% desses estão "no vermelho". Esse déficit atinge também os equipamentos presentes nessas instituições. **"Dos 58 hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidades - AMEs e serviços de diagnóstico do estado de São Paulo geridos OSS por contrato de gestão, 41 tiveram déficit em 2010, segundo o relatório das OSS publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em abril de 2011. O que representa 70%."**[12]

**No estado da Bahia os Ministérios Públicos Estadual (MP-BA) e Federal (MPF-BA), representados pela promotora de Justiça Rita Tourinho e pela procuradora da República Juliana Moraes, ajuizaram três ações civis públicas que denunciaram atos de improbidade administrativa cometidos no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, entre 2001 e 2004, durante a gestão da ex-secretária de Saúde Aldely Rocha, que resultaram aos cofres públicos em um prejuízo de cerca de R\$ 11 milhões.** Resultado de mais de dois anos de investigações as três ações têm, dentre outros réus, a ex-secretária Aldely Rocha, a Real Sociedade Espanhola de Beneficência (RSEB), o Hospital Evangélico da Bahia (HEB) e a Gestmed Gestão e Serviços de Saúde Ltda. **A Secretaria Municipal de Saúde da Bahia e a RSEB estão sob investigação pela denúncia feita pelos MP's em 2009, com relação aos "vícios encontrados na execução de um contrato firmado pela SMS e RSEB para terceirização dos Programas Saúde da Família (PSF) e de Agentes Comunitários de Saúde (PACS),**

**com prejuízo estimado em R\$ 40 milhões**"; e, mais recentemente, "pela terceirização ilegal do Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças, que teria sido instituído com o objetivo de reorientar práticas assistenciais básicas, dentre elas as ações de prevenção à dengue; não tem amparo jurídico tanto em razão da natureza do programa – trata-se de atividade própria do Estado – quanto pela sua delegação a terceiros".

- Já "a ação contra o Hospital Evangélico denuncia irregularidades na execução do Contrato nº 76/2004, firmado em 15 de outubro de 2004, para a gestão do 12º Centro de Saúde Alfredo Bureau. Auditoria efetivada pela SMS em 2005 observou o descumprimento pelo HEB de várias obrigações contratuais por ele assumidas, dentre elas quantitativo de profissionais da saúde inferior ao previsto". **Entre outubro e dezembro de 2004, o Hospital Evangélico recebeu R\$ 2.655.000,00, quantia correspondente à implantação da estrutura do centro de saúde, sem que fossem ao menos efetivamente comprovadas.**

- Por fim, "os Ministérios Públicos estadual e federal ajuizaram, ainda, uma ação civil pública denunciando pagamentos indevidos efetuados pela Secretaria de Saúde para a Gestmed Gestão e Serviços de Saúde Ltda; que apontam irregularidades e superfaturamento no Contrato nº 15/2003, firmado pela SMS com a Gestmed", que tinha como objetivo a contratação de serviços de co-gestão técnico-administrativa de saúde "para realização de atendimento ambulatorial e pronto-atendimento universais e gratuitos à população, a serem prestados no Centro de Saúde de Pernambués"[13].

**No Rio Grande do Norte, a OS IPAS - Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde (Ipas), que foi contratada para operacionalização da gestão e a execução de ações e serviços de saúde a serem prestados na Unidade de Pronto Atendimento - Upa Ruy Pereira dos Santos, está sendo alvo de inquérito civil do Ministério Público Estadual (MPE/RN) e por movimentos sociais, como o Conselho Municipal de Saúde e o Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Natal (Sinsenat). O MP instaurou inquérito civil para investigar o contrato. Em nota oficial, o promotor do Patrimônio Público, Afonso de Ligório, antecipou que considera inconstitucional a lei municipal que autoriza a terceirização. Além disso, os movimentos sociais vão entrar na Justiça para pedir a anulação do contrato.**

**Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em sessão plenária, em unanimidade de votos, julgaram procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Ministério Público, contra a prefeita de Natal e o presidente da Câmara Municipal, para declarar a inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei Municipal nº 6.108/2010, por violar à Constituição Estadual. A lei impugnada pelo MP dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à educação, ao desenvolvimento tecnológico, ao desenvolvimento do turismo, à cultura, à preservação e proteção do meio ambiente, ou à assistência social. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº ressaltou que cabe ao Estado e aos Municípios as atividades elencadas no artigo 1º da Lei nº 6.108/2010, não podendo a iniciativa privada vir a substituir o Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais, mas apenas auxiliá-lo de forma subsidiária e com recursos próprios. Afirmou ainda que o diploma legal afronta os preceitos dos artigos 19, incisos II e VII, 125, 128, incisos II e III, 129 134, 135, 138, 143 144, 147 e 150, todos da Constituição Estadual, já que autoriza a transferência de atribuições próprias do Poder Público para instituições regidas pelo direito privado, bem como de recursos públicos para financiamento das atividades a serem desenvolvidas por estas instituições.[14]**

Este mesmo Instituto (IPAS) está sendo contratado para operacionalizar a gestão e a execução de ações e serviços de saúde prestados pelo novo hospital municipal Dr. Clodolfo Rodrigues, de Santana do Ipanema, em Alagoas. "O senador Renan Calheiros (PMDB) confirmou que os recursos que faltavam para a manutenção dos 170 leitos e Unidade de Terapia Intensiva existentes no local, no valor de R\$ 24 milhões, sendo R\$ 2 milhões ao mês, estão assegurados pelo Ministério da Saúde. O convênio foi publicado no Diário Oficial da União (27/07)"[15].

**No Rio de Janeiro**, do total de mais R\$ 500 milhões gastos pela Secretaria Estadual de Saúde só com medicamentos e material médico-hospitalar para hospitais e UPAs em 2009, 13,7% correspondem a compras feitas sem licitação, sob a alegação de que eram aquisições emergenciais. Por causa disto, o governo pagou um preço mais alto pelos produtos. [...] O levantamento, feito com base em dados do Sistema Integrado de Administração Financeira Para Estados e Municípios (Siafem), por meio de notas de empenho de 2009, mostra que a secretaria dispensou a licitação em compras que somam R\$ 81.116.902. Entre os produtos que constam da lista de compras emergenciais estão um antibiótico, um anticoagulante, um analgésico e até gaze usada em curativos, todos adquiridos a preços muito acima dos normalmente cobrados no mercado. Em novembro do ano passado, a Secretaria de Saúde comprou - sem licitação - o antibiótico levofloxacino 5 miligramas, em bolsa de 100 mililitros, por R\$ 19,20 a unidade. Dois meses antes, numa concorrência pública, a prefeitura de Porto Alegre havia pagado R\$ 10,86 pelo mesmo produto. O estado do Rio pagou 77% a mais. No mesmo mês, o frasco de 10 mililitros de dipirona sódica 500 miligramas saiu a R\$ 0,90 para a Secretaria. Em junho do mesmo ano, o medicamento - na mesma apresentação - custou R\$ 0,37 para a Prefeitura de Maringá, no Paraná. [...] Enquanto o percentual de compras sem licitação da Secretaria de Saúde é de 13,7%, em outros estados a situação é bem diferente. No Paraná, segundo a Secretaria de Saúde, foram 5%. Em Pernambuco, apenas 2%. No Rio Grande do Sul, a Secretaria informou que desde 2007 não dispensa licitação em nenhuma compra de material e medicamentos. Todas as compras feitas pela Secretaria foram autorizadas pelo então subsecretário de Saúde, Cesar Romero Vianna Júnior. Ele foi exonerado depois do escândalo de superfaturamento no contrato de manutenção de carros de combate à dengue. César Romero é primo de Verônica Vianna, mulher do secretário estadual de Saúde, Sérgio Côrtes.[16]

"O médico Carlos Mauricio Medina Gallego deixou a Colômbia para se tornar um empreendedor de sucesso no Rio. Além da cirurgia plástica, sua especialidade são as licitações. Desde 2003, durante o governo Cesar Maia, até 2010, já na gestão Eduardo Paes, empresas e instituições que ele representou receberam cerca de R\$ 147 milhões com contratos de prestação de serviços para a prefeitura e colecionaram suspeitas de irregularidades [...] recentemente Gallego voltou suas atenções para o Programa Saúde de Família, uma das prioridades do atual governo. E no início deste ano venceu mais uma: presidindo a organização social Associação Global Soluções em Saúde, Gallego assinou um contrato de R\$ 25 milhões para gerir o programa por dois anos na área do Centro. No currículo do empresário, há uma fundação considerada ilegal pelo Ministério Público estadual, dois inquéritos abertos contra uma cooperativa de médicos que ele presidia e a suspeita de utilização de laranjas numa de suas empresas, como é o caso de um ex-vendedor de cachorros-quentes do interior de Minas Gerais.

O suposto aparelhamento de suas instituições com laranjas liga o colombiano à pequena Cataguases (MG) [...], o ambulante Helio Teixeira Amâncio aparecia como sócio da empresa Qualidade Total Operadora de Recursos Humanos, cujos contratos Gallego assinou entre novembro de 2005 e dezembro de 2008. A firma recebeu R\$ 55 milhões em

cinco anos para fornecer vigilantes a unidades hospitalares do Rio. Outro sócio, Edmar Jose Messias, declarou como endereço uma comunidade de baixa renda em Cataguases. A prefeitura abriu um sindicância para apurar o caso. Na Junta Comercial, Hélio Teixeira também figura como diretor da Medicalcoop, que até o final do ano passado fornecia médicos a unidades de saúde. Em janeiro de 2009, a cooperativa foi alvo de revolta de pacientes na Zona Oeste, que sofriam com a falta de profissionais. A emergência do Hospital Lourenço Jorge, na Barra, chegou a fechar por duas horas, por falta de plantonistas no dia 26 de janeiro de 2009. O MP estadual tem dois procedimentos abertos para investigar a legalidade da contratação da cooperativa, que recebeu cerca de R\$ 89 milhões da prefeitura – de acordo com o Tribunal de Contas do Município, R\$71 milhões sem licitação. [...] Com os problemas no serviço da cooperativa, o médico Carlos Mauricio Medina Gallego passou a integrar o conselho administrativo de uma fundação. A Rômulo Arantes foi contratada no final do ano passado, sem licitação, para fornecer médicos e enfermeiros a postos de saúde. [...] A Provedoria de Fundações do MP estadual considerou a fundação irregular por não prestar contas, não fornecer dados nem contratar auditoria há cinco anos. A prefeitura cancelou o contrato de R\$20 milhões que firmava com a instituição".[17]

"A conquista do primeiro contrato da Associação Global Soluções em Saúde aconteceu 11 meses após sua fundação. Criada em abril de 2009, seu nome apareceu no Diário Oficial de 8 de março deste ano. A entidade surgiu a partir de uma outra instituição: o Instituto Assistencial Mundo Melhor, ONG também comandada pelo médico Carlos Mauricio Medina Gallego. Então presidente do Mundo Melhor - contratado pelo município, em 2007, para implantar a estratégia do Programa Saúde de Família -, Gallego assinou a ata da reunião em que o instituto mudou de nome e de categoria. No dia 13 de abril de 2009, mantendo o mesmo CNPJ, a entidade passou a se chamar Global Saúde e se habilitou à qualificação de organização social, sem fins lucrativos. Um mês mais tarde, a Câmara dos Vereadores aprovou a lei 5.026, que dispõe sobre as organizações sociais (OS). A mudança na legislação abriu caminho para que algumas secretarias municipais, como a de Saúde, passassem a terceirizar seus serviços por intermédio de OSs - caminho aberto para mais uma vitória de Gallego. O novo acordo firmado com a prefeitura prevê que a Global desenvolva o Saúde de Família, fornecendo no mínimo 25 equipes médicas e dez de saúde bucal para Catumbi, Caju, Mangueira, Rio Comprido, Estácio, Cidade Nova e Paquetá, entre fevereiro deste ano e o mesmo mês de 2012. A Secretaria municipal de Saúde informou que a Global passou por uma avaliação e apresentou toda a documentação exigida pela Comissão de Qualificação de Organizações Sociais (Coquali), órgão ligado à Procuradoria Geral do Município e às secretarias de Fazenda e Casa Civil."[18]

- A Organização Social contratada pela prefeitura do Rio para gerenciar profissionais e executar o Programa Saúde da Família nas regiões da Tijuca, Jacarepaguá, Barra da Tijuca e Irajá está sendo acusada, no Paraná, de desvio de R\$ 300 milhões nos cofres públicos. [...] Segundo investigação conjunta da Controladoria Geral da União, Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal, o Centro de Apoio a Profissionais (Ceap), que rendeu R\$ 1 bilhão em cinco anos, fazia parcerias com as prefeituras e desviava pelo menos 30% do valor. O esquema teria ramificações no Paraná, São Paulo, Goiás, Maranhão e no Pará.[19]

**O Ministério Público Estadual do RJ, instaurou um inquérito para investigar denúncias sobre fraudes na aquisição de remédios e insumos para Hospitais e Unidades de Pronto Atendimento – UPAs. “De acordo com o jornal "O Globo", foram gastos mais de R\$ 500 milhões com medicamentos e material médico-hospitalar para**

hospitais e UPAs em 2009. 13,7% do montante, correspondem a compras feitas sem licitação, sob a alegação de eram aquisições emergenciais'."[20]

Essas denúncias comprovam, por si só, a existência de fraudes nas Organizações Sociais de Saúde. É fato que a dispensa de licitação garantida às OSs para compra de material e cessão de prédios abre precedentes para o desvio do erário público, havendo uma violação frontal ao princípio da Moralidade na Administração Pública.

**A população tem sido prejudicada com as OSs**, visto que a Lei 9.637/98 não contempla os controles próprios do regular funcionamento da Administração Pública e não se prevê sequer o Controle Social; desconsidera a deliberação do Conselho Nacional de Saúde nº 001, de 10 de março de 2005, contrária "à terceirização da gerência e da gestão de serviços e de pessoal do setor saúde, assim como, da administração gerenciada de ações e serviços, a exemplo das Organizações Sociais (OS) [...]".

No que diz respeito à **falta de compromisso com a população usuária** do Sistema Único de Saúde, **constata-se que esta é a que mais tem sofrido com o desmonte do sistema**; pois, com a privatização, se oferece um grande risco para a efetivação dos direitos sociais, ameaçando assim a quebra do que foi conquistado legalmente, fruto de lutas sociais: o direito à saúde. **O sucateamento dos serviços públicos tem acelerado nos estados e municípios que implantaram as OSs**, onde já se constata a quebra de acesso aos serviços de saúde.

**Em São Paulo, o Programa Saúde da Família (PSF), somente em 2009, deixou de atender 700 mil pessoas.** A prestação de contas apresentada pela Secretária Municipal de Saúde mostra que há 4,1 milhões de pacientes cadastrados atualmente na lista municipal; já, em 2008, haviam 4,8 milhões. Porém, a capital do estado atualmente conta com 1.184 equipes de PSF's, enquanto em 2008 haviam 1.224. Entretanto, segundo dados do Ministério da Saúde, o número de equipes cadastradas são ainda menores (nos registros do Governo Federal só existem 960 equipes cadastradas)[21]. A partir desses dados verifica-se que a agilidade não poderá ser obtida na lógica dessas OS's; pois, o número de famílias são, visivelmente, desproporcionais ao número de equipes de PSF's. E isto, não apenas com relação a pequena quantidade de equipes, mas também, pelas equipes estarem diminuindo ao passo em que a população vai aumentando.

Por outro lado, uma das justificativas para que os governos implantem Organizações Sociais é a de que elas darão maior agilidade nos serviços prestados à comunidade. Entretanto, os fatos demonstram o contrário quando se **verifica que pacientes continuam a esperar durante mais de três horas na fila por um atendimento em hospitais e prontos-socorros na capital paulistana**; onde *"ademora em três prontos-socorros de hospitais gerenciados por organizações sociais chegou a ultrapassar três horas."* Exemplos concretos do descaso das OSs são os da *"gestante Vilma Costa Oliveira, 31 anos, chegou às 9h no hospital de Pedreira e aguardava em pé até as 12h a decisão de transferência"*. Enquanto que *"no hospital do Itaim Paulista, parentes da aposentada Lindalva Bernarda Vital, 68, que tem câncer, foram obrigados a carregá-la até o atendimento por falta de uma cadeira de rodas"*[22].

**Os problemas trazidos com a adoção das OSs como modelo de gestão em São Paulo são constatados na avaliação de 350 mil usuários do SUS de São Paulo, efetuada pela própria Secretaria de Estado da Saúde (SES) – e cuja publicação só foi divulgada (tardiamente) após esforços oriundos de várias instituições e entidades vinculadas à Saúde no Estado, além de alguns órgãos de imprensa (<http://www.saude.sp.gov.br/content/vuuecrupru.mmp>).** Resumidamente, **a maior parte desses cidadãos relata ausência de vacinas do calendário básico em diversas unidades de saúde da SES, analgesia durante o parto realizada com "panos**

**quentes” e a demora absurda na realização de diversos exames complementares.[23]**

Em dezembro de 2010, o governo estadual de São Paulo aprovou na Assembléia Legislativa o projeto de lei que permite que até 25% dos atendimentos de hospitais de alta complexidade do Estado, terceirizados para Organizações Sociais, possam ser destinados a convênios com planos privados de saúde. Isso significa que os hospitais geridos por OSs passarão a atender usuários tanto do Sistema Único de Saúde - SUS, como também de planos de saúde privados. O Ministério Público se coloca contra esse PL e afirma que “isso aumentará as filas do SUS”. Os usuários temem que os atendimentos sejam preferenciais para aqueles usuários dos planos privados, como vem acontecendo em outras instituições que já adotaram o método, como é o caso do Instituto do Coração – Incor, pertencente ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP. [24]

**Em Alagoas:** No município de Santana do Ipanema, paciente acusa médico de cobrar por Raio-X no Hospital Clodolfo Rodrigues, gerido pela OS Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde (Ipas). O usuário também reclamou dos maus tratos que sofreu. Segundo Joelton Soares Melo, os funcionários do hospital se negaram a atendê-lo. “Quando cheguei, fui tratado feito um cachorro, esperei mais de 40 minutos e, durante esse tempo, nem água e remédios eles me deram [...] Quando pedi o raio-X ele [o médico] disse o seguinte: - Você vai querer um raio-X? Pois você vai ter que pagar. Aqui é assim”, relata.[25]

Todo o exposto só vem reforçar o quanto essas Organizações vêm prejudicando a população usuária com a oferta de serviços ineficientes e sucateados, mesmo recebendo mais recursos públicos para geri-los que as unidades de saúde pública.

**OS trabalhadores têm sido prejudicados com as OSs**, através da eliminação de concurso público para contratação de pessoal, abrindo um precedente para o clientelismo nesta contratação, bem como para a precarização do trabalho frente à flexibilização dos vínculos, além da formação de “currais eleitorais” em diversos estados e municípios do país, suprimindo o caráter democrático do concurso público e a meritocracia.

De acordo com o Parecer aprovado na 150ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Saúde, realizada nos dias 11, 12 e 13 de janeiro de 2005, sobre as OSs: “A possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a origem (órgão do Poder Público), prevista na Lei que instituiu as OSs é totalmente inconcebível à luz dos princípios mais elementares do Direito, assim como obrigá-los à prestação de serviços a entidades privadas, quando foram concursados para trabalharem em órgãos públicos.” (página 12) “Os Servidores Públicos, cedidos às OSs, continuarão vinculados aos seus órgãos de origem, integrando um “Quadro em Extinção”, desenvolvendo atividades para o setor privado;” (Capítulo VI, item d, pág. 18) “Com as OSs e as OSCIP, vislumbram-se a implementação da terceirização de serviços públicos como regra e o fim do Concurso Público como forma democrática de acesso aos Cargos Públicos;” (Capítulo VI, item e, pág. 18), “Desprofissionalização dos Serviços, dos Servidores Públicos e desorganização do processo de trabalho em saúde;” (Capítulo VI, item f, pág. 18), e a “Flexibilização dos contratos de trabalho.” (Capítulo VI, item g, pág. 18)[26]

Os trabalhadores estão sendo prejudicados principalmente no que diz respeito aos direitos trabalhistas e vantagens, absorvidos nos regimes jurídicos dos servidores quais sejam: Vencimentos Garantidos por lei, conforme planos de cargos e salários prescritos pela lei 8.142/90 do SUS; Taxação do recebimento de salário nunca inferior ao mínimo nacional; Garantia de isonomia salarial de acordo com nível de escolaridade, cargos assemelhados e complexidade da função.

**Em São Paulo, nas OSs os trabalhadores da saúde relatam instabilidade e assédio moral:** “[...] Acho que sumiu a qualidade, aquela ideia da saúde pública com um sentimento mais integral e transdisciplinar”, avalia uma enfermeira que já passou por diversas OSS na cidade de São Paulo e prefere não se identificar. “Você tem que atingir a meta, além de fazer o trabalho administrativo e ainda fazer os projetos que a OSS quer para ter mais visibilidade, como de reciclagem. Tudo isso em um tempo recorde e muito centrado em patologia. Por exemplo, a população num local pode ter o maior risco para sua saúde por uso de drogas e isso não vai importar, as metas são focadas em hipertensão, diabetes, gestantes, crianças e idosos. Os números estão muito longe da realidade”, conta. No caso da enfermeira, cuja equipe se enquadra no Programa Saúde da Família, é pedido 192 consultas e 32 visitas mensais, enquanto dos médicos que trabalham com ela são requeridas 400 consultas/mês e 42 visitas domiciliares. “Vira realmente um mercado, assim como o McDonald’s, tem o funcionário do mês, aquele que mostrou mais números, mesmo que ele não tenha trabalhado de acordo com as necessidades da população. E se você questiona, pode ser demitido, tenho vários amigos que perderam o emprego. O assédio moral é muito grande”. **Ela relata casos de racismo e pressões para que profissionais não tornassem públicos os problemas dentro da OSS para não haver um marketing negativo para a gestora.**

As denúncias relatadas já haviam sido alvo de investigação em 2007, numa sub-relatoria da CPI da Saúde realizada pela Assembléia Legislativa de São Paulo. O relatório final da Comissão, de autoria do deputado estadual Hamilton Pereira (PT), afirma: **“A gestão por cumprimento de metas, por processos e por produtividade utilizados nas Organizações Sociais gera uma situação de instabilidade para os trabalhadores por elas contratados ocasionando uma superexploração.** [...] Outra questão grave foi o problema de ‘quarteirização’, a terceirização ou contratação de empresas por parte das OS’s, encontradas em todos os hospitais [...] Diante do quadro apurado, constata-se que o chamado ‘melhor desempenho’ dos Hospitais geridos por Organizações Sociais de Saúde pouco significam na prática. A conclusão a que se chega, na presente questão, é que o frágil controle do Estado sobre essas entidades e sobre a execução da assistência à saúde, aliada à grave precarização do trabalho nas OS’s, justifica a necessidade de um processo de reversão da gestão [...]”.[27]

Por conta da terceirização da saúde pública paulistana, o vírus da dengue encontrou um grande apoio governamental. Minimizando a atuação das Unidades Básicas de Saúde (UBS) na prevenção de diversos problemas de saúde, subestimando o fator pluviométrico e seu poder disseminador de doenças, a Prefeitura Municipal de São Paulo demitiu centenas de agentes de combate às zoonoses, essenciais para o controle da doença, prejudicando os trabalhadores da saúde e a também a própria população. Não bastasse tamanho descaso, “a responsabilidade pelo aumento de quase 4000% no número de casos de dengue na cidade é debitada na conta da população que não está à altura da arquitetura inovadora do tucanato. Sem contar os assombrosos índices de contaminação nas cidades de São José do Rio Preto e Ribeirão Preto”. Dando continuidade a esse sucateamento, Serra ainda em seu mandato “delegou às OSS a administração de diversas UBS, prejudicando, a inserção das equipes de Estratégia de Saúde da Família (ESF) no Estado de São Paulo, onde podemos encontrar um enorme vácuo no mapa brasileiro no que diz respeito à sua efetiva implementação. A saber, as equipes de ESF são inseridas tendo em vista, basicamente, o contingente populacional a ser atendido. Com base nisso, São Paulo deveria ser o Estado com maior número de equipes – justamente o contrário ao que se constata na realidade”. Contudo, muito embora essa mistura de hipocrisia e obscurantismo seja maquiada pela grande imprensa ao divulgar os

feitos tucanos na área da saúde, contra ela existem fatos concretos e objetivos que precisam ser vistos e criticados pela própria população.[28]

Em Nova Odessa, município do estado de São Paulo, "centenas de servidores públicos municipais, foram levado a erro e pediram demissão para serem contratado s pelas OS's. Com o cancelamento dos contratos, eles ficaram sem emprego. Outras centenas de pessoas que foram classificadas em concursos públicos para atuarem nas áreas de saúde e educação também foram prejudicadas com a contratação de funcionários direto pela OS's [...] Um dos argumentos utilizados para a implantação do sistema de OS para gerir a saúde pública de Americana, é que irá regularizar, com a transferência para a OS, a situação dos servidores da Fusame que estão com contrato de trabalho irregular. Isto não é verdade. Pelo contrário, a transferência desses servidores para a OS irá agilizar o processo de perda de emprego, assim como ocorreu com os servidores de Nova Odessa [...] Na realidade, as organizações sociais não têm nenhuma obrigação de contratar por nenhuma das formas que a legislação propõe. Pode contratar da maneira que elas bem entenderem. Isso é um problema, pois ela contorna toda a legislação trabalhista desde os anos 30, quando conseguimos conquistar esse direito, então, estamos diante de um retrocesso de mais de 70 anos."[29]

No Rio de Janeiro, no apagar das luzes de 2009, a Secretaria de Saúde do Estado do Rio lançou um novo pregão eletrônico para contratar mão de obra terceirizada e mudar a gestão das UPAs e demais unidades de saúde do Rio. Sob o argumento de que a administração pública é ineficiente, a solução para a atual crise aponta para a incorporação da "competência" do setor privado e a responsabilização dos servidores públicos, como se eles tivessem o poder de mando de quem está no Executivo. A maioria desses servidores não tem qualquer influência no processo decisório. Ora, se o administrador não se sente competente, por que não renuncia ao cargo e se convocam novas eleições, abrindo espaço para pessoas com capacidade para tal? Hoje, 50% dos 10.807 médicos da rede estadual são compostos por mão de obra precária e a evasão resulta da falta de estímulo, diante de salários aviltantes e congelados há mais de 13 anos. O modelo proposto, que viola a Constituição, repete medidas fracassadas adotadas por outras gestões. O lado bom para o governo é a manutenção do congelamento dos salários dos estatutários e aposentados e o pagamento de salários maiores para não concursados terceirizados. Outra vantagem é que, ao delegar a terceiros a função que cabe ao Estado, ele se exime das responsabilidades jurídicas decorrentes da crise. Recente decisão do STF reiterou o art. 37 da Carta Magna, vedando projetos semelhantes. Aprovado em lei, desde 2002, e até hoje não implantado, o plano de cargos e salários da saúde solucionaria o problema salarial, já que os salários equivaleriam a cerca de cinco vezes mais que os pagos atualmente.[30]

Portanto, esse processo de Privatização via terceirização da gestão e dos serviços públicos apresentado pelas Organizações Sociais é claramente um ataque aos direitos trabalhistas e sociais conquistados historicamente pela população; e que trazerem consigo um sistema de saúde fragmentado referente às prestações de Serviços em Saúde; além de abordar um escasso quadro técnico de trabalho falho e ineficiente prejudicando assim os usuários.

Enfim, a Lei 9.637/98, que instituiu as OSs, prevê a extinção do órgão público responsável por áreas sociais decisivas - Saúde, incluindo os Hospitais Universitários, Assistência Social, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente, Previdência Complementar do Servidor Público, Comunicação Social, e promoção do Turismo, entre outras - e a absorção de suas atividades por uma entidade privada, qualificada como OS. Isso significa a transferência da gestão e das atividades das políticas públicas para o setor privado, mediante repasse de recursos financeiros, de equipamentos, de instalações

públicas e de pessoal, nas áreas através das quais o Estado viabiliza (ou inviabiliza) os direitos sociais garantidos legalmente, subtraindo até mesmo aos Tribunais de Conta a prerrogativa constitucional de fiscalizar os resultados e a economicidade dessas apropriações de recursos públicos. Portanto, a privatização dos serviços públicos nessas áreas constitui-se uma grande ameaça à garantia desses direitos fundamentais sociais.

**Diante dos fatos aqui elencados, que demonstram o quanto é nefasta para a Sociedade e o Estado brasileiros a implantação das OSs, a Frente Nacional contra a Privatização da Saúde solicita que os Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal julguem PROCEDENTES os pedidos contidos na ADI 1.923/98.**

# TCM aponta desvio de R\$ 19 mi em SP

Inspeção em uma parceria da Secretaria Municipal da Saúde com o Instituto Via Pública lista 15 irregularidades e cobra ressarcimento

15 de outubro de 2013 | 7h 08

Notícia



A+ A-

Enviar

Recomendar

108

Compartilhar

g+1

Fabio Leite

Relatório de inspeção do Tribunal de Contas do Município (TCM) aponta desvio de R\$ 19,1 milhões numa parceria fechada pela Prefeitura de São Paulo com o Instituto Via Pública em 2006, para implementar e fiscalizar os contratos de gestão da rede municipal de Saúde com Organizações Sociais (OSs), dos quais quatro já foram julgados irregulares pelo próprio TCM.

## NOTÍCIAS RELACIONADAS

Ex-prefeito deve devolver R\$ 1 mi por show fantasma no interior de SP

Lewandowski autoriza ao MP repatriamento de US\$ 53 mi

Operação da PF prende políticos na Bahia suspeitos de desviar R\$ 30 mi do Fundeb

Supremo autoriza repatriação de US\$ 53 mi em contas atribuídas a Maluf

Maluf quer acordo contra prisão no exterior

O negócio foi firmado pela Secretaria da Saúde no início da primeira gestão do ex-prefeito Gilberto Kassab (PSD) e se estendeu até março deste ano graças a 12 aditivos, que elevaram o valor da parceria de R\$ 2,4 milhões para R\$ 84,6 milhões, alta de 3.380%. O Via Pública nega as irregularidades e a gestão Fernando Haddad (PT) informou que já encerrou a parceria.

Segundo o TCM, os desvios ocorreram por meio de sonegação de impostos (R\$ 9,7 milhões), remuneração indevida (R\$ 7,6 milhões) e diferenças contábeis no saldo bancário da parceria e na prestação de contas (R\$ 1,8 milhão). O relatório cobra ressarcimento do valor corrigido aos cofres públicos. Os técnicos do TCM estão finalizando a auditoria antes de o termo de

parceria ser levado a julgamento no plenário.

"O que salta aos olhos é que o objetivo da parceria com o Via Pública era capacitar a secretaria para implementar os contratos de gestão. Mas as auditorias e os julgamentos do tribunal já mostraram que os contratos de gestão foram implementados de forma bastante irregular, o que demonstra que essa tarefa da parceria inexistiu", afirma o conselheiro Maurício Faria.

O Via Pública foi contratado em maio de 2006 pelo ex-secretário municipal de Saúde Januário Montone, sem concorrência, por ser considerado uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip). No ano seguinte, a Prefeitura assinou os primeiros contratos de gestão de hospitais, AMAs e UBS com as OSs. Quatro deles, como o do Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim (Cejam), que administra unidades na zona sul, já foram julgados irregulares pelo TCM por apresentarem falhas de atendimento e na fiscalização das metas.

**Falhas.** A inspeção do TCM detectou que, só em 2010, quando o instituto recebeu R\$ 15,9 milhões. "89,5% das ações previstas no termo de parceria não foram entregues de acordo com

tangível e mensurável". Por exemplo: foi pago R\$ 1 milhão para um item descrito como "desenvolvimento de ajuste organizacional" da secretaria.

Até o Atlas da Saúde, um mapeamento da rede pública na capital concluído em 2011, foi questionado pelo TCM. Segundo o órgão, dois aditivos prorrogaram o prazo e elevaram o custo do serviço que deveria ter sido finalizado em 2009 de R\$ 648 para R\$ 1,6 milhão. De acordo com o relatório, também não há evidências na entrega de uma pesquisa sobre implementação das AMAs Sorriso, que custaram R\$ 416,4 mil.

Ao todo, o relatório lista 15 irregularidades nos quase sete anos de parceria com o Via Pública, destacando a terceirização de serviços que "são de responsabilidade exclusiva" do governo, como implementar políticas públicas e fiscalizar contratos, e a "subcontratação indevida" da empresa espanhola Gesaworld para realizar trabalhos de competência do instituto.

Em 2011, o TCM já havia declarado a inidoneidade do Via Pública por causa de um contrato de 2007 com a Secretaria de Assistência Social. O instituto foi contratado sem licitação por R\$ 4,7 milhões para cadastrar famílias do Bolsa Família em São Paulo, mas não executou a tarefa. A Prefeitura chegou a cumprir a medida, que foi revogada pela ex-secretária Alda Marco Antonio no dia seguinte.

ATUALIZADO! Contra Fatos não há argumentos que sustentem as Organizações Sociais no Brasil▼

## ATUALIZADO! Contra Fatos não há argumentos que sustentem as Organizações Sociais no Brasil

### DOCUMENTO: "CONTRA FATOS NÃO HÁ ARGUMENTOS QUE SUSTENTEM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL"

#### **Relatório Analítico de Prejuízos à Sociedade, aos Trabalhadores e ao Erário por parte das Organizações Sociais (OSs) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)**

O presente documento foi elaborado pela Frente Nacional contra a Privatização da Saúde formada por Fóruns de Saúde de diversos estados, movimentos sociais, centrais sindicais, sindicatos, projetos universitários e várias entidades de âmbito nacional[1]. Tem como objetivo apresentar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal **fatos ocorridos, nos estados e municípios brasileiros que já implantaram as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)** como modelo de gestão dos serviços públicos na área da saúde, que **têm trazido prejuízos à sociedade, aos trabalhadores e ao erário**. Frente a tais fatos, **não existem argumentos capazes de sustentar a defesa jurídica ou econômica das Organizações Sociais, principalmente na gestão dos serviços de saúde. Eles atestam a necessidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal julgarem procedentes os pedidos de inconstitucionalidade formulados no âmbito da ADI 1.923/98.**

Os fatos aqui elencados foram baseados em depoimentos de usuários e trabalhadores dos serviços das OSs e em pesquisa na imprensa que noticia a realidade desses serviços, a situação dos trabalhadores e as diversas fraudes que envolveram vultosos recursos públicos, em prejuízo da Administração Pública. **Fatos existentes nas OSs implantadas que demonstram que estas têm trazido prejuízo ao erário, aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) e aos trabalhadores:**

#### **As OSs têm trazido prejuízo ao Erário**

**As fraudes que envolvem recursos públicos resultam na violação frontal ao princípio da Moralidade na Administração Pública. A Lei 6.937/98 que cria as**

Organizações Sociais garante a essas a aquisição de bens e serviços sem a emissão de licitações e as mesmas não necessitam prestar contas a órgãos internos e externos da administração pública, porque essas são atribuições do “Conselho Administrativo” gerido da forma que as OSs acharem cabíveis. Isto tem aberto precedentes para o desvio do erário. Deste modo, sem haver fiscalização, o desvio de recursos públicos tem ocorrido de forma mais intensa nos estados e municípios em que esse modelo de gestão já foi implantado.

**Na capital de São Paulo, a Polícia Federal, a Controladoria Geral da União, a Receita Federal e o Ministério Público fizeram uma operação contra o desvio de recursos públicos** “[...] A parceria do poder público com organizações sociais que prestam serviços em áreas consideradas 'socialmente sensíveis', como a saúde, a educação, a profissionalização e a assistência social é prevista por lei federal. Segundo a Polícia Federal a organização investigada faturou mais de R\$ 1 bilhão nos últimos cinco anos. Desse total, R\$ 300 milhões teriam sido desviados em favor de pessoas e empresas que participavam de projeto envolvendo entidade e o poder público”[2].

Essas fraudes ocorrem também camufladas nas compras de equipamentos, como é o caso da Organização Social Amplus que deixou de operar serviços de raios-X e ultrassonografia em 58 unidades do estado de São Paulo sem ao menos ter instalado os equipamentos exigidos no contrato de R\$ 108 milhões feito com a prefeitura. Essa OS é acusada de “*fraudes trabalhistas e sonegação de ao menos R\$ 1,2 milhões, na qual a Secretaria Municipal de Saúde é considerada corresponsável.*” Frisando o fato de que há “*dois anos o Tribunal de Contas do Município (TCM) apontou as irregularidades, mas o contrato vigorou até o fim*”[3].

Em abril de 2010, segundo a Folha de São Paulo, de 10/08/2010, “*um grupo de vereadores vistoriou o hospital municipal São Luiz Gonzaga, no Jaçanã (zona norte), e descobriu que a OS Irmandade da Santa Casa de São Paulo não vinha realizando ultrassons e raios-X no hospital, apesar de receber para isso R\$ 1 milhão por ano. ‘As OSs fazem o que querem’, diz a vereadora Juliana Cardoso (PT), da Comissão de Saúde da Câmara. Segundo a Irmandade Santa Casa, o hospital do Jaçanã não tem feito todos os exames por falta de pacientes que precisem deles.*”[4]

Desde 2004, “a fatia do orçamento da Saúde estadual paulista destinada às OSs cresceu 202% (foi de R\$ 626,2 milhões para R\$ 1,891 bilhão em 2009). No mesmo período, o orçamento da pasta cresceu em velocidade bem menor: 93%. **Presidente do TCE vê problema em modelo. Para ele, Estado não tem condições de fiscalizar o que está em contrato e menos ainda de fixar preço pelo que compra.** Modelo também é criticado por entidades ligadas ao funcionalismo; secretaria diz haver controle público e defende critérios adotados [...] As entidades ligadas ao funcionalismo público também criticam o modelo: ‘Quase R\$ 2 bilhões em dinheiro público serão colocados só neste ano nas mãos de entidades privadas selecionadas ao arbítrio da secretaria. E sem passar por licitações, sem a necessária transparência do que é feito com o recurso, sem controle social’, critica o presidente do Sindicato da Saúde Pública no Estado, Benedito Augusto de Oliveira [...] As entidades contrárias às OSs dizem também que o modelo prepara o terreno para a privatização dos serviços públicos. **Encontram o apoio do presidente do TCE: ‘Se não é**

essa a intenção, o caminho está aberto para isso. Especialmente com as modificações na lei das OSs em São Paulo', afirmou. 'É como aconteceu nas estradas. Primeiro se sucateia, depois se diz: só tem uma saída: vamos privatizar e cobrar pedágio.' (Folha de São Paulo, 31/08/2009).[5]

Uma entidade criada por empresários da construção civil ganhou da Prefeitura de São Paulo o título de OS (organização social) e passou a receber dinheiro público para dirigir postos de saúde municipais. Depois, com essa verba, a entidade contratou a empresa médica do filho de um de seus diretores para realizar as consultas em postos da Penha e de Ermelino Matarazzo (zona leste). A empresa em questão se chama Apos (Associação Paulista de Oftalmologia e Saúde). Cada oftalmologista recebe R\$ 77 por hora. O diretor da Apos é o médico Francisco Penteado Crestana, filho de Francisco Virgílio Crestana, ex-presidente e atual conselheiro da entidade, o Seconci (Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo). Nos três anos do contrato, até 2011, o Seconci receberá R\$ 46 milhões da prefeitura - valor suficiente para construir e equipar um hospital de médio porte. Para o Tribunal de Contas do Município, órgão que fiscaliza as contas da prefeitura, a situação é irregular. Isso porque, como OS, a entidade deveria contratar e pagar diretamente os médicos que atuam nos postos de saúde, e não terceirizar esse serviço. "A prefeitura terceiriza a gestão do posto, entrega a uma OS. Depois, a OS terceiriza o atendimento, a própria atividade-fim. Essa "quarteirização" não é prevista no contrato", diz o conselheiro do TCM Maurício Faria.[6]

Hospitais entregues a Iniciativa Privada (OSs) em SP gastam mais. O preço dos produtos utilizados para prestar atendimento à população pode variar mais de 500% nos hospitais estaduais, que seguem um modelo terceirizado. Enquanto uma OSS (Organização Social de Saúde) contratada pelo governo compra um cateter por R\$ 0,45, outra entidade, com a mesma função, paga até R\$ 2,55. Diferenças grandes também são observadas quando a comparação é feita com valores calculados pela BEC (Bolsa Eletrônica de Compras), que traz exemplos de negociações feitas pelo Estado em situações que exigem pregão. Uma ampola de clindamicina – medicamento usado para tratar infecção – pode custar mais que o dobro se comprada fora do pregão. Os dados estão publicados em relatórios produzidos pela própria Secretaria de Estado da Saúde, responsável pela contratação das entidades, e referem-se às unidades hospitalares terceirizadas na Grande São Paulo. A reportagem teve acesso a seis desses documentos, com informações do período de janeiro de 2008 a junho de 2009.[7]

A Prefeitura de São Paulo estuda a contratação de uma empresa para auditar as prestações de contas das OSs (organizações sociais privadas) "que recebem verba pública para dirigir hospitais e postos de saúde municipais [...] A decisão de buscar uma fiscalização externa tem origem na dificuldade enfrentada pelos auditores municipais para verificar se as OSs estão aplicando os recursos públicos adequadamente. Num relatório recente, o Tribunal de Contas do Município descreveu os auditores como 'escasso quadro técnico' e de trabalho 'falho e ineficiente'. A prefeitura não diz quantos são na equipe. No ano passado, as OSs receberam cerca de R\$ 1,4 bilhão para gerenciar UBSs (postos de consulta), AMAs (postos de pronto-atendimento), hospitais, laboratórios de exames e equipes do Programa Saúde da Família. O orçamento total da secretaria foi de R\$ 5,3 bilhões. As auditorias também são dificultadas pelo fato de as OSs enviarem suas

**contas em folhas de papel.** A empresa que for contratada terá de informatizar o sistema” (Folha de São Paulo, 10/08/2010).[8]

Atualmente vem ocorrendo a venda de OSCIPS (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-) pela internet, essas entidades não governamentais “sem fins lucrativos” vem recebendo do Ministério da Justiça uma espécie de selo de qualidade, que lhes proporciona a prestarem serviços públicos e a serem contratadas pelo governo, esse processo possibilita que hajam uma série de irregularidades envolvendo essas entidades.

Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), é de R\$ 120 milhões o total de verba federal que não teve prestações de contas apresentadas ou ainda não analisadas de termos de parceria, instrumento de uso exclusivo das OSCIPS.[9]

Segundo análise do Sistema de Gerenciamento do Orçamento Paulista (Sisgeo), de 2006 a 2009, o Estado de São Paulo repassou para as instituições terceirizadas o equivalente à 40% de seus recursos públicos. São Paulo gasta 25% de seus recursos com essas instituições, valor que representa o que todos os estados brasileiros investem no setor privado. “Segundo levantamento do portal R7, em 2006, último ano da gestão de Geraldo Alckmin (PSDB) à frente do estado de São Paulo, o governo gastou R\$ 7,95 bilhões em terceirizações. No ano seguinte, primeiro de José Serra (PSDB) à frente do governo paulista, o valor repassado a terceiros foi de R\$ 8,53 bilhões. Nos anos seguintes, o montante continuou a crescer, chegando a R\$ 9,61 bilhões em 2008 e R\$ 10,26 bilhões em 2009.” Esse processo demonstra que os recursos públicos não estão sendo **racionalizados como pretendem as OS, ao contrário, eles vêm aumentando gradativamente paralelo a precarização dos serviços oferecidos.**[10]

Em Março de 2009, o ex-diretor adjunto da Secretaria Municipal de Saúde da capital de São Paulo, Ailton de Lima Ribeiro, foi intimado pelo TCM para se manifestar sobre irregularidades apontadas em 14 contratos firmados com OSs para a gestão de hospitais e ambulatórios, quando ele ainda era secretário adjunto de Saúde. Ailton Ribeiro foi também superintendente executivo do Hospital Regional de Santa Maria, no Distrito Federal (DF), durante a gestão de José Roberto Arruda. **A administração do governador cassado firmou um contrato, sem licitação, no valor de 222 milhões de reais, com a entidade Organização Real Sociedade Espanhola de Beneficência (uma OS) para assumir a gestão do hospital. O Ministério Público do DF contestou essa parceria, por haver fortes indícios de envolvimento da entidade no pagamento de propinas e doações irregulares à campanha de Arruda em 2006.**

Há ainda, a “quarteirização” dos serviços gerenciais no âmbito da PMSP - a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) Via Pública, contratada sem licitação, subcontratou a empresa espanhola Gesaworld S.A. para lhe prestar consultoria na área de saúde. Só que no site da empresa sediada em Barcelona ([www.gesaworld.com](http://www.gesaworld.com)) encontra-se a própria PMSP listada entre seus clientes famosos e não a OSCIP que lhe garantiu o pagamento de aproximadamente R\$ 1,5 milhão por um ano de contrato.[11]

**Os hospitais públicos geridos por OSs, em São Paulo, possuem um rombo equivalente a 147,18 milhões. Segundo pesquisas publicadas por viomundo.com.br, de 2008 a 2010, foi comprovado que os hospitais terceirizados, geridos por OS, custaram aos cofres públicos de SP mais de 50% do que os hospitais administrados diretamente pelo setor público.** “O Viomundo também revelou que, de 2006 a 2009, os

**gastos com as OSs saltaram de R\$ 910 milhões para R\$ 1,96 bilhão. Uma subida de 114%. No mesmo período, o orçamento do estado cresceu 47%. Ou seja, as despesas do estado de São Paulo com a terceirização da saúde cresceram mais que o dobro do aumento do orçamento público.”**

São Paulo já possui 34 hospitais públicos geridos por OS. Até o início de 2010, 22 desses tinham apresentado o balanço referente ao patrimônio. Apenas 4 hospitais estão com saldo positivo, enquanto 18 apresentaram saldo negativo do patrimônio, ou seja, 80% desses estão “no vermelho”. Esse déficit atinge também os equipamentos presentes nessas instituições. **“Dos 58 hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidades - AMEs e serviços de diagnóstico do estado de São Paulo geridos OSS por contrato de gestão, 41 tiveram déficit em 2010, segundo o relatório das OSS publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em abril de 2011. O que representa 70%.”**[12]

**No estado da Bahia os Ministérios Públicos Estadual (MP-BA) e Federal (MPF-BA), representados pela promotora de Justiça Rita Tourinho e pela procuradora da República Juliana Moraes, ajuizaram três ações civis públicas que denunciaram atos de improbidade administrativa cometidos no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, entre 2001 e 2004, durante a gestão da ex-secretária de Saúde Aldely Rocha, que resultaram aos cofres públicos em um prejuízo de cerca de R\$ 11 milhões. Resultado de mais de dois anos de investigações as três ações têm, dentre outros réus, a ex-secretária Aldely Rocha, a Real Sociedade Espanhola de Beneficência (RSEB), o Hospital Evangélico da Bahia (HEB) e a Gestmed Gestão e Serviços de Saúde Ltda.**

**A Secretaria Municipal de Saúde da Bahia e a RSEB estão sob investigação pela denúncia feita pelos MP's em 2009, com relação aos “vícios encontrados na execução de um contrato firmado pela SMS e RSEB para terceirização dos Programas Saúde da Família (PSF) e de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), com prejuízo estimado em R\$ 40 milhões”; e, mais recentemente, “pela terceirização ilegal do Programa de Epidemiologia e Controle de Doenças, que teria sido instituído com o objetivo de reorientar práticas assistenciais básicas, dentre elas as ações de prevenção à dengue; não tem amparo jurídico tanto em razão da natureza do programa – trata-se de atividade própria do Estado – quanto pela sua delegação a terceiros”.**

- Já “a ação contra o Hospital Evangélico denuncia irregularidades na execução do Contrato nº 76/2004, firmado em 15 de outubro de 2004, para a gestão do 12º Centro de Saúde Alfredo Bureau. Auditoria efetivada pela SMS em 2005 observou o descumprimento pelo HEB de várias obrigações contratuais por ele assumidas, dentre elas quantitativo de profissionais da saúde inferior ao previsto”. **Entre outubro e dezembro de 2004, o Hospital Evangélico recebeu R\$ 2.655.000,00, quantia correspondente à implantação da estrutura do centro de saúde, sem que fossem ao menos efetivamente comprovadas.**

- Por fim, “os Ministérios Públicos estadual e federal ajuizaram, ainda, uma ação civil pública denunciando pagamentos indevidos efetuados pela Secretaria de Saúde para a Gestmed Gestão e Serviços de Saúde Ltda; que apontam irregularidades e superfaturamento no Contrato nº 15/2003, firmado pela SMS com a Gestmed”, que tinha como objetivo a

contratação de serviços de co-gestão técnico-administrativa de saúde “para realização de atendimento ambulatorial e pronto-atendimento universais e gratuitos à população, a serem prestados no Centro de Saúde de Pernambuco”[13].

**No Rio Grande do Norte, a OS IPAS - Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde (Ipas), que foi contratada para operacionalização da gestão e a execução de ações e serviços de saúde a serem prestados na Unidade de Pronto Atendimento - Upa Ruy Pereira dos Santos, está sendo alvo de inquérito civil do Ministério Público Estadual (MPE/RN) e por movimentos sociais, como o Conselho Municipal de Saúde e o Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Natal (Sinsenat). O MP instaurou inquérito civil para investigar o contrato. Em nota oficial, o promotor do Patrimônio Público, Afonso de Ligório, antecipou que considera inconstitucional a lei municipal que autoriza a terceirização. Além disso, os movimentos sociais vão entrar na Justiça para pedir a anulação do contrato.**

**Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em sessão plenária, em unanimidade de votos, julgaram procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Ministério Público, contra a prefeita de Natal e o presidente da Câmara Municipal, para declarar a inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei Municipal nº 6.108/2010, por violar à Constituição Estadual.** A lei impugnada pelo MP dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à educação, ao desenvolvimento tecnológico, ao desenvolvimento do turismo, à cultura, à preservação e proteção do meio ambiente, ou à assistência social. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº ressaltou que cabe ao Estado e aos Municípios as atividades elencadas no artigo 1º da Lei nº 6.108/2010, não podendo a iniciativa privada vir a substituir o Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais, mas apenas auxiliá-lo de forma subsidiária e com recursos próprios. Afirmou ainda que o diploma legal afronta os preceitos dos artigos 19, incisos II e VII, 125, 128, incisos II e III, 129 134, 135, 138, 143 144, 147 e 150, todos da Constituição Estadual, já que autoriza a transferência de atribuições próprias do Poder Público para instituições regidas pelo direito privado, bem como de recursos públicos para financiamento das atividades a serem desenvolvidas por estas instituições.[14]

Este mesmo Instituto (IPAS) está sendo contratado para operacionalizar a gestão e a execução de ações e serviços de saúde prestados pelo novo hospital municipal Dr. Clodolfo Rodrigues, de Santana do Ipanema, em Alagoas. “O senador Renan Calheiros (PMDB) confirmou que os recursos que faltavam para a manutenção dos 170 leitos e Unidade de Terapia Intensiva existentes no local, no valor de R\$ 24 milhões, sendo R\$ 2 milhões ao mês, estão assegurados pelo Ministério da Saúde. O convênio foi publicado no Diário Oficial da União (27/07)”[15].

**No Rio de Janeiro, do total de mais R\$ 500 milhões gastos pela Secretaria Estadual de Saúde só com medicamentos e material médico-hospitalar para hospitais e UPAs em 2009, 13,7% correspondem a compras feitas sem licitação, sob a alegação de que eram aquisições emergenciais. Por causa disto, o governo pagou um preço mais alto pelos produtos. [...] O levantamento, feito com base em dados do Sistema Integrado de Administração Financeira Para Estados e Municípios (Siafem), por meio de notas de**

empenho de 2009, mostra que a secretaria dispensou a licitação em compras que somam R\$ 81.116.902. Entre os produtos que constam da lista de compras emergenciais estão um antibiótico, um anticoagulante, um analgésico e até gaze usada em curativos, todos adquiridos a preços muito acima dos normalmente cobrados no mercado. Em novembro do ano passado, a Secretaria de Saúde comprou - sem licitação - o antibiótico levofloxacino 5 miligramas, em bolsa de 100 mililitros, por R\$ 19,20 a unidade. Dois meses antes, numa concorrência pública, a prefeitura de Porto Alegre havia pagado R\$ 10,86 pelo mesmo produto. O estado do Rio pagou 77% a mais. No mesmo mês, o frasco de 10 mililitros de dipirona sódica 500 miligramas saiu a R\$ 0,90 para a Secretaria. Em junho do mesmo ano, o medicamento - na mesma apresentação - custou R\$ 0,37 para a Prefeitura de Maringá, no Paraná. [...] Enquanto o percentual de compras sem licitação da Secretaria de Saúde é de 13,7%, em outros estados a situação é bem diferente. No Paraná, segundo a Secretaria de Saúde, foram 5%. Em Pernambuco, apenas 2%. No Rio Grande do Sul, a Secretaria informou que desde 2007 não dispensa licitação em nenhuma compra de material e medicamentos. Todas as compras feitas pela Secretaria foram autorizadas pelo então subsecretário de Saúde, Cesar Romero Vianna Júnior. Ele foi exonerado depois do escândalo de superfaturamento no contrato de manutenção de carros de combate à dengue. César Romero é primo de Verônica Vianna, mulher do secretário estadual de Saúde, Sérgio Côrtes.[16]

"O médico Carlos Mauricio Medina Gallego deixou a Colômbia para se tornar um empreendedor de sucesso no Rio. Além da cirurgia plástica, sua especialidade são as licitações. Desde 2003, durante o governo Cesar Maia, até 2010, já na gestão Eduardo Paes, empresas e instituições que ele representou receberam cerca de R\$ 147 milhões com contratos de prestação de serviços para a prefeitura e colecionaram suspeitas de irregularidades [...] recentemente Gallego voltou suas atenções para o Programa Saúde de Família, uma das prioridades do atual governo. E no início deste ano venceu mais uma: presidindo a organização social Associação Global Soluções em Saúde, Gallego assinou um contrato de R\$ 25 milhões para gerir o programa por dois anos na área do Centro. No currículo do empresário, há uma fundação considerada ilegal pelo Ministério Público estadual, dois inquéritos abertos contra uma cooperativa de médicos que ele presidia e a suspeita de utilização de laranjas numa de suas empresas, como é o caso de um ex-vendedor de cachorros-quentes do interior de Minas Gerais.

O suposto aparelhamento de suas instituições com laranjas liga o colombiano à pequena Cataguases (MG) [...], o ambulante Helio Teixeira Amâncio aparecia como sócio da empresa Qualidade Total Operadora de Recursos Humanos, cujos contratos Gallego assinou entre novembro de 2005 e dezembro de 2008. A firma recebeu R\$ 55 milhões em cinco anos para fornecer vigilantes a unidades hospitalares do Rio. Outro sócio, Edmar Jose Messias, declarou como endereço uma comunidade de baixa renda em Cataguases. A prefeitura abriu um sindicância para apurar o caso. Na Junta Comercial, Hélio Teixeira também figura como diretor da Medicalcoop, que até o final do ano passado fornecia médicos a unidades de saúde. Em janeiro de 2009, a cooperativa foi alvo de revolta de pacientes na Zona Oeste, que sofriam com a falta de profissionais. A emergência do Hospital Lourenço Jorge, na Barra, chegou a fechar por duas horas, por falta de plantonistas no dia 26 de janeiro de 2009. O MP

estadual tem dois procedimentos abertos para investigar a legalidade da contratação da cooperativa, que recebeu cerca de R\$ 89 milhões da prefeitura – de acordo com o Tribunal de Contas do Município, R\$71 milhões sem licitação. [...] Com os problemas no serviço da cooperativa, o médico Carlos Mauricio Medina Gallego passou a integrar o conselho administrativo de uma fundação. A Rômulo Arantes foi contratada no final do ano passado, sem licitação, para fornecer médicos e enfermeiros a postos de saúde. [...] A Provedoria de Fundações do MP estadual considerou a fundação irregular por não prestar contas, não fornecer dados nem contratar auditoria há cinco anos. A prefeitura cancelou o contrato de R\$20 milhões que firmava com a instituição".[17]

"A conquista do primeiro contrato da Associação Global Soluções em Saúde aconteceu 11 meses após sua fundação. Criada em abril de 2009, seu nome apareceu no Diário Oficial de 8 de março deste ano. A entidade surgiu a partir de uma outra instituição: o Instituto Assistencial Mundo Melhor, ONG também comandada pelo médico Carlos Mauricio Medina Gallego. Então presidente do Mundo Melhor - contratado pelo município, em 2007, para implantar a estratégia do Programa Saúde de Família -, Gallego assinou a ata da reunião em que o instituto mudou de nome e de categoria. No dia 13 de abril de 2009, mantendo o mesmo CNPJ, a entidade passou a se chamar Global Saúde e se habilitou à qualificação de organização social, sem fins lucrativos. Um mês mais tarde, a Câmara dos Vereadores aprovou a lei 5.026, que dispõe sobre as organizações sociais (OS). A mudança na legislação abriu caminho para que algumas secretarias municipais, como a de Saúde, passassem a terceirizar seu serviços por intermédio de OSs - caminho aberto para mais uma vitória de Gallego. O novo acordo firmado com a prefeitura prevê que a Global desenvolva o Saúde de Família, fornecendo no mínimo 25 equipes médicas e dez de saúde bucal para Catumbi, Caju, Mangueira, Rio Comprido, Estácio, Cidade Nova e Paquetá, entre fevereiro deste ano e o mesmo mês de 2012. A Secretaria municipal de Saúde informou que a Global passou por uma avaliação e apresentou toda a documentação exigida pela Comissão de Qualificação de Organizações Sociais (Coquali), órgão ligado à Procuradoria Geral do Município e às secretarias de Fazenda e Casa Civil."[18]

- A Organização Social contratada pela prefeitura do Rio para gerenciar profissionais e executar o Programa Saúde da Família nas regiões da Tijuca, Jacarepaguá, Barra da Tijuca e Irajá está sendo acusada, no Paraná, de desvio de R\$ 300 milhões nos cofres públicos. [...] Segundo investigação conjunta da Controladoria Geral da União, Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal, o Centro de Apoio a Profissionais (Ceap), que rendeu R\$ 1 bilhão em cinco anos, fazia parcerias com as prefeituras e desviava pelo menos 30% do valor. O esquema teria ramificações no Paraná, São Paulo, Goiás, Maranhão e no Pará.[19]

**O Ministério Público Estadual do RJ, instaurou um inquérito para investigar denúncias sobre fraudes na aquisição de remédios e insumos para Hospitais e Unidades de Pronto Atendimento – UPAs.** "De acordo com o jornal "O Globo", foram gastos mais de R\$ 500 milhões com medicamentos e material médico-hospitalar para hospitais e UPAs em 2009. 13,7% do montante, correspondem a compras feitas sem licitação, sob a alegação de eram aquisições emergenciais".[20]

Essas denúncias comprovam, por si só, a existência de fraudes nas Organizações Sociais de Saúde. É fato que a dispensa de licitação garantida às OSs para compra de material e cessão de prédios abre precedentes para o desvio do erário público, havendo uma violação frontal ao princípio da Moralidade na Administração Pública.

**A população tem sido prejudicada com as OSs**, visto que a Lei 9.637/98 não contempla os controles próprios do regular funcionamento da Administração Pública e não se prevê sequer o Controle Social; desconsidera a deliberação do Conselho Nacional de Saúde nº 001, de 10 de março de 2005, contrária “à terceirização da gerência e da gestão de serviços e de pessoal do setor saúde, assim como, da administração gerenciada de ações e serviços, a exemplo das Organizações Sociais (OS) [...]”.

No que diz respeito à **falta de compromisso com a população usuária** do Sistema Único de Saúde, **constata-se que esta é a que mais tem sofrido com o desmonte do sistema**; pois, com a privatização, se oferece um grande risco para a efetivação dos direitos sociais, ameaçando assim a quebra do que foi conquistado legalmente, fruto de lutas sociais: o direito à saúde. **O sucateamento dos serviços públicos tem acelerado nos estados e municípios que implantaram as OSs**, onde já se constata a quebra de acesso aos serviços de saúde.

**Em São Paulo, o Programa Saúde da Família (PSF), somente em 2009, deixou de atender 700 mil pessoas.** A prestação de contas apresentada pela Secretária Municipal de Saúde mostra que há 4,1 milhões de pacientes cadastrados atualmente na lista municipal; já, em 2008, haviam 4,8 milhões. Porém, a capital do estado atualmente conta com 1.184 equipes de PSF's, enquanto em 2008 haviam 1.224. Entretanto, segundo dados do Ministério da Saúde, o número de equipes cadastradas são ainda menores (nos registros do Governo Federal só existem 960 equipes cadastradas)[21]. A partir desses dados verifica-se que a agilidade não poderá ser obtida na lógica dessas OS's; pois, o número de famílias são, visivelmente, desproporcionais ao número de equipes de PSF's. E isto, não apenas com relação a pequena quantidade de equipes, mas também, pelas equipes estarem diminuindo ao passo em que a população vai aumentando.

Por outro lado, uma das justificativas para que os governos implantem Organizações Sociais é a de que elas darão maior agilidade nos serviços prestados à comunidade. Entretanto, os fatos demonstram o contrário quando se **verifica que pacientes continuam a esperar durante mais de três horas na fila por um atendimento em hospitais e prontos-socorros na capital paulistana**; onde “*a demora em três prontos-socorros de hospitais gerenciados por organizações sociais chegou a ultrapassar três horas.*” Exemplos concretos do descaso das OSs são os da “*gestante Vilma Costa Oliveira, 31 anos, chegou às 9h no hospital de Pedreira e aguardava em pé até as 12h a decisão de transferência.*” Enquanto que “*no hospital do Itaim Paulista, parentes da aposentada Lindalva Bernarda Vital, 68, que tem câncer, foram obrigados a carregá-la até o atendimento por falta de uma cadeira de rodas*”[22].

**Os problemas trazidos com a adoção das OSs como modelo de gestão em São Paulo são constatados na avaliação de 350 mil usuários do SUS de São Paulo, efetuada pela própria Secretaria de Estado da Saúde (SES) – e cuja publicação só foi**

divulgada (tardiamente) após esforços oriundos de várias instituições e entidades vinculadas à Saúde no Estado, além de alguns órgãos de imprensa (<http://www.saude.sp.gov.br/content/vuuecru.mmp>). Resumidamente, **a maior parte desses cidadãos relata ausência de vacinas do calendário básico em diversas unidades de saúde da SES, analgesia durante o parto realizada com “panos quentes” e a demora absurda na realização de diversos exames complementares.**[23]

Em dezembro de 2010, o governo estadual de São Paulo aprovou na Assembléia Legislativa o projeto de lei que permite que até 25% dos atendimentos de hospitais de alta complexidade do Estado, terceirizados para Organizações Sociais, possam ser destinados a convênios com planos privados de saúde. Isso significa que os hospitais geridos por OSs passarão a atender usuários tanto do Sistema Único de Saúde - SUS, como também de planos de saúde privados. O Ministério Público se coloca contra esse PL e afirma que “isso aumentará as filas do SUS”. Os usuários temem que os atendimentos sejam preferenciais para aqueles usuários dos planos privados, como vem acontecendo em outras instituições que já adotaram o método, como é o caso do Instituto do Coração – Incor, pertencente ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP. [24]

**Em Alagoas:** No município de Santana do Ipanema, paciente acusa médico de cobrar por Raio-X no Hospital Clodolfo Rodrigues, gerido pela OS Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde (Ipas). O usuário também reclamou dos maus tratos que sofreu. Segundo Joelton Soares Melo, os funcionários do hospital se negaram a atendê-lo. “Quando cheguei, fui tratado feito um cachorro, esperei mais de 40 minutos e, durante esse tempo, nem água e remédios eles me deram [...] Quando pedi o raio-X ele [o médico] disse o seguinte: - Você vai querer um raio-X? Pois você vai ter que pagar. Aqui é assim”, relata.[25]

Todo o exposto só vem reforçar o quanto essas Organizações vêm prejudicando a população usuária com a oferta de serviços ineficientes e sucateados, mesmo recebendo mais recursos públicos para geri-los que as unidades de saúde pública.

**OS trabalhadores têm sido prejudicados com as OSs**, através da eliminação de concurso público para contratação de pessoal, abrindo um precedente para o clientelismo nesta contratação, bem como para a precarização do trabalho frente à flexibilização dos vínculos, além da formação de “currais eleitorais” em diversos estados e municípios do país, suprimindo o caráter democrático do concurso público e a meritocracia.

De acordo com o Parecer aprovado na 150ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Saúde, realizada nos dias 11, 12 e 13 de janeiro de 2005, sobre as OSs: “A possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a origem (órgão do Poder Público), prevista na Lei que instituiu as OSs é totalmente inconcebível à luz dos princípios mais elementares do Direito, assim como obrigá-los à prestação de serviços a entidades privadas, quando foram concursados para trabalharem em órgãos públicos.” (página 12) “Os Servidores Públicos, cedidos às OSs, continuarão vinculados aos seus órgãos de origem, integrando um “Quadro em Extinção”, desenvolvendo atividades para o setor privado;” (Capítulo VI, item d, pág. 18) “Com as OSs e as OSCIP, vislumbram-se a implementação da terceirização de serviços públicos como regra e o fim do Concurso Público como forma democrática de acesso aos Cargos Públicos;” (Capítulo VI, item e, pág. 18), “Desprofissionalização dos Serviços, dos

Servidores Públicos e desorganização do processo de trabalho em saúde;" (Capítulo VI, item f, pág. 18), e a "Flexibilização dos contratos de trabalho." (Capítulo VI, item g, pág. 18)[26]

Os trabalhadores estão sendo prejudicados principalmente no que diz respeito aos direitos trabalhistas e vantagens, absorvidos nos regimes jurídicos dos servidores quais sejam: Vencimentos Garantidos por lei, conforme planos de cargos e salários prescritos pela lei 8.142/90 do SUS; Taxação do recebimento de salário nunca inferior ao mínimo nacional; Garantia de isonomia salarial de acordo com nível de escolaridade, cargos assemelhados e complexidade da função.

**Em São Paulo, nas OSs os trabalhadores da saúde relatam instabilidade e assédio moral:** "[...] Acho que sumiu a qualidade, aquela ideia da saúde pública com um sentimento mais integral e transdisciplinar", avalia uma enfermeira que já passou por diversas OSS na cidade de São Paulo e prefere não se identificar. "Você tem que atingir a meta, além de fazer o trabalho administrativo e ainda fazer os projetos que a OSS quer para ter mais visibilidade, como de reciclagem. Tudo isso em um tempo recorde e muito centrado em patologia. Por exemplo, a população num local pode ter o maior risco para sua saúde por uso de drogas e isso não vai importar, as metas são focadas em hipertensão, diabetes, gestantes, crianças e idosos. Os números estão muito longe da realidade", conta. No caso da enfermeira, cuja equipe se enquadra no Programa Saúde da Família, é pedido 192 consultas e 32 visitas mensais, enquanto dos médicos que trabalham com ela são requeridas 400 consultas/mês e 42 visitas domiciliares. "Vira realmente um mercado, assim como o McDonald's, tem o funcionário do mês, aquele que mostrou mais números, mesmo que ele não tenha trabalhado de acordo com as necessidades da população. E se você questiona, pode ser demitido, tenho vários amigos que perderam o emprego. O assédio moral é muito grande". **Ela relata casos de racismo e pressões para que profissionais não tornassem públicos os problemas dentro da OSS para não haver um marketing negativo para a gestora.**

As denúncias relatadas já haviam sido alvo de investigação em 2007, numa sub-relatoria da CPI da Saúde realizada pela Assembléia Legislativa de São Paulo. O relatório final da Comissão, de autoria do deputado estadual Hamilton Pereira (PT), afirma: "**A gestão por cumprimento de metas, por processos e por produtividade utilizados nas Organizações Sociais gera uma situação de instabilidade para os trabalhadores por elas contratados ocasionando uma superexploração.** [...] Outra questão grave foi o problema de 'quarteirização', a terceirização ou contratação de empresas por parte das OS's, encontradas em todos os hospitais [...] Diante do quadro apurado, constata-se que o chamado 'melhor desempenho' dos Hospitais geridos por Organizações Sociais de Saúde pouco significam na prática. A conclusão a que se chega, na presente questão, é que o frágil controle do Estado sobre essas entidades e sobre a execução da assistência à saúde, aliada à grave precarização do trabalho nas OS's, justifica a necessidade de um processo de reversão da gestão [...]".[27]

Por conta da terceirização da saúde pública paulistana, o vírus da dengue encontrou um grande apoio governamental. Minimizando a atuação das Unidades Básicas de Saúde (UBS) na prevenção de diversos problemas de saúde, subestimando o fator pluviométrico e seu poder disseminador de doenças, a Prefeitura Municipal de São Paulo demitiu centenas de agentes de combate às zoonoses, essenciais para o controle da doença, prejudicando os trabalhadores da

saúde e a também a própria população. Não bastasse tamanho descaso, “a responsabilidade pelo aumento de quase 4000% no número de casos de dengue na cidade é debitada na conta da população que não está à altura da arquitetura inovadora do tucanato. Sem contar os assombrosos índices de contaminação nas cidades de São José do Rio Preto e Ribeirão Preto”. Dando continuidade a esse sucateamento, Serra ainda em seu mandato “delegou às OSS a administração de diversas UBS, prejudicando, a inserção das equipes de Estratégia de Saúde da Família (ESF) no Estado de São Paulo, onde podemos encontrar um enorme vácuo no mapa brasileiro no que diz respeito à sua efetiva implementação. A saber, as equipes de ESF são inseridas tendo em vista, basicamente, o contingente populacional a ser atendido. Com base nisso, São Paulo deveria ser o Estado com maior número de equipes – justamente o contrário ao que se constata na realidade”. Contudo, muito embora essa mistura de hipocrisia e obscurantismo seja maquiada pela grande imprensa ao divulgar os feitos tucanos na área da saúde, contra ela existem fatos concretos e objetivos que precisam ser vistos e criticados pela própria população.[28]

Em Nova Odessa, município do estado de São Paulo, “centenas de servidores públicos municipais, foram levado a erro e pediram demissão para serem contratado s pelas OS's. Com o cancelamento dos contratos, eles ficaram sem emprego. Outras centenas de pessoas que foram classificadas em concursos públicos para atuarem nas áreas de saúde e educação também foram prejudicadas com a contratação de funcionários direto pela OS's [...] Um dos argumentos utilizados para a implantação do sistema de OS para gerir a saúde pública de Americana, é que irá regularizar, com a transferência para a OS, a situação dos servidores da Fusame que estão com contrato de trabalho irregular. Isto não é verdade. Pelo contrário, a transferência desses servidores para a OS irá agilizar o processo de perda de emprego, assim como ocorreu com os servidores de Nova Odessa [...] Na realidade, as organizações sociais não têm nenhuma obrigação de contratar por nenhuma das formas que a legislação propõe. Pode contratar da maneira que elas bem entenderem. Isso é um problema, pois ela contorna toda a legislação trabalhista desde os anos 30, quando conseguimos conquistar esse direito, então, estamos diante de um retrocesso de mais de 70 anos.”[29]

No Rio de Janeiro, no apagar das luzes de 2009, a Secretaria de Saúde do Estado do Rio lançou um novo pregão eletrônico para contratar mão de obra terceirizada e mudar a gestão das UPAs e demais unidades de saúde do Rio. Sob o argumento de que a administração pública é ineficiente, a solução para a atual crise aponta para a incorporação da “competência” do setor privado e a responsabilização dos servidores públicos, como se eles tivessem o poder de mando de quem está no Executivo. A maioria desses servidores não tem qualquer influência no processo decisório. Ora, se o administrador não se sente competente, por que não renuncia ao cargo e se convocam novas eleições, abrindo espaço para pessoas com capacidade para tal? Hoje, 50% dos 10.807 médicos da rede estadual são compostos por mão de obra precária e a evasão resulta da falta de estímulo, diante de salários aviltantes e congelados há mais de 13 anos. O modelo proposto, que viola a Constituição, repete medidas fracassadas adotadas por outras gestões. O lado bom para o governo é a manutenção do congelamento dos salários dos estatutários e aposentados e o pagamento de salários maiores para não concursados terceirizados. Outra vantagem é que, ao delegar a terceiros a função que cabe ao Estado, ele se exime das responsabilidades

jurídicas decorrentes da crise. Recente decisão do STF reiterou o art. 37 da Carta Magna, vedando projetos semelhantes. Aprovado em lei, desde 2002, e até hoje não implantado, o plano de cargos e salários da saúde solucionaria o problema salarial, já que os salários equivaleriam a cerca de cinco vezes mais que os pagos atualmente.[30]

Portanto, esse processo de Privatização via terceirização da gestão e dos serviços públicos apresentado pelas Organizações Sociais é claramente um ataque aos direitos trabalhistas e sociais conquistados historicamente pela população; e que trazerem consigo um sistema de saúde fragmentado referente às prestações de Serviços em Saúde; além de abordar um escasso quadro técnico de trabalho falho e ineficiente prejudicando assim os usuários.

Enfim, a Lei 9.637/98, que instituiu as OSs, prevê a extinção do órgão público responsável por áreas sociais decisivas - Saúde, incluindo os Hospitais Universitários, Assistência Social, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente, Previdência Complementar do Servidor Público, Comunicação Social, e promoção do Turismo, entre outras - e a absorção de suas atividades por uma entidade privada, qualificada como OS. Isso significa a transferência da gestão e das atividades das políticas públicas para o setor privado, mediante repasse de recursos financeiros, de equipamentos, de instalações públicas e de pessoal, nas áreas através das quais o Estado viabiliza (ou inviabiliza) os direitos sociais garantidos legalmente, subtraindo até mesmo aos Tribunais de Conta a prerrogativa constitucional de fiscalizar os resultados e a economicidade dessas apropriações de recursos públicos. Portanto, a privatização dos serviços públicos nessas áreas constitui-se uma grande ameaça à garantia desses direitos fundamentais sociais.

**Diante dos fatos aqui elencados, que demonstram o quanto é nefasta para a Sociedade e o Estado brasileiros a implantação das OSs, a Frente Nacional contra a Privatização da Saúde solicita que os Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal julguem PROCEDENTES os pedidos contidos na ADI 1.923/98.**

---

[1] ABEPSS (Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social); ANDES-SN (Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior); ASFOC-SN (Sindicato dos Trabalhadores da FIOCRUZ); CMP (Central de Movimentos Populares); CFESS (Conselho Federal de Serviço Social); CSP-CONLUTAS (Central Sindical e Popular); CTB (Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil); Executiva Nacional dos Estudantes de Medicina, Enfermagem e Serviço Social; FASUBRA (Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores das Universidades Públicas Brasileiras); FENASPS (Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social); FENTAS (Fórum das Entidades Nacionais de Trabalhadores da Área da Saúde); Fórum Nacional de Residentes; Intersindical (Instrumento de Luta e Organização da Classe Trabalhadora e Instrumento de Luta, Unidade da Classe e de Construção de uma Central); MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra); Seminário Livre pela Saúde; os Fóruns de Saúde já existentes (Rio de Janeiro, Alagoas, São Paulo, Paraná, Londrina, Rio Grande do Norte, Distrito Federal, Pernambuco, Minas Gerais, Ceará, Rio Grande do Sul, Paraíba); os setoriais e/ou núcleos dos partidos políticos (PSOL, PCB, PSTU, PT e PC do B); Consulta Popular e projetos universitários (UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro; UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro; UFF – Universidade Federal Fluminense; UFAL – Universidade Federal de Alagoas; UEL – Universidade Estadual de Londrina; EPSJV/FIOCRUZ – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio da FIOCRUZ; CESTE/ENSP/FIOCRUZ - Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana da Escola Nacional de Saúde da FIOCRUZ; UFPB – Universidade Federal da Paraíba; USP- Universidade de São Paulo).

[2] Correio, 11/05/2010. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-4/artigo/policia-federal-faz->

operacao-contr-desvio-de-dinheiro-publico/

- [3] Estadão, 23/03/2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,fim-de-contrato-na-saude-ameaca-atendimento-em-sp,343314,0.htm>
- [4] Folha de São Paulo, 10/08/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1008201001.htm>
- [5] Folha de São Paulo, 31/08/2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200901.htm>
- [6] Folha de São Paulo, 12/08/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/781750-entidade-paga-firma-de-filho-de-diretor-com-verba-publica-em-sp.shtml>
- [7] Fonte: Agora – 1/3/2010
- [8] Folha de São Paulo, 10/08/2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1008201001.htm>
- [9] À venda OSCIPs, as ONGs com selo de qualidade, 14/06/2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/06/14/a-venda-oscips-as-ongs-com-selo-de-qualidade-386313.asp>
- [10] Rede Brasil Atual, 04/08/2010. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/politica/2010/08/terceirizacao-e-o-autorreconhecimento-da-incapacidade-de-gestao-diz-pesquisador/>
- [11] Disponível em [http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=17221](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=17221)
- [12] Vi o Mundo, 21/06/2011. Disponível em: [http://www.viomundo.com.br/denuncias/hospitais-publicos-de-sp-gerenciados-por-ossa-maioria-no-vermelho.html?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=facebook](http://www.viomundo.com.br/denuncias/hospitais-publicos-de-sp-gerenciados-por-ossa-maioria-no-vermelho.html?utm_source=twitterfeed&utm_medium=facebook)
- [13] Assessoria de Comunicação Social do Ministério Público da Bahia/ASCOM/MP, 08/01/2010. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/visualizar.asp?cont=2035>
- [14] **Extraído de: Poder Judiciário do Rio Grande do Norte - 17 de Junho de 2011.**
- [15] Sertão 24 Horas, 08/08/2010. Disponível em: [http://www.sertao24horas.com.br/site/index.php?view=article&catid=81%3Asantana-do-ipanema&id=999%3Asecretaria-de-saude-cancela-contrato-com-organizacao-social-apos-denuncia-do-sertao24horas&option=com\\_content&Itemid=29](http://www.sertao24horas.com.br/site/index.php?view=article&catid=81%3Asantana-do-ipanema&id=999%3Asecretaria-de-saude-cancela-contrato-com-organizacao-social-apos-denuncia-do-sertao24horas&option=com_content&Itemid=29)
- [16] Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/07/12/saude-gastou-81-milhoes-sem-licitacao-em-2009-917131040.asp>
- [17] Trecho de artigo escrito por Jorge Darze, presidente do Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro, publicado pelo Jornal O Globo em 04/01/2010.
- [18] Parte de artigo escrito por Gabriel Mascarenhas, publicado no jornal O Globo em 22/05/2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/05/21/instituicoes-de-medico-colombiano-receberam-147-milhoes-da-prefeitura-do-rio-em-contratos-sob-suspeita-916655277.asp>
- [19] Parte de artigo escrito por Gabriel Mascarenhas, publicado no jornal O Globo em 22/05/2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/05/21/instituto-de-medico-colombiano-mudou-de-categoria-um-mes-antes-de-lei-ser-aprovada-916656033.asp>
- [20] Estado do Rio, 13/07/2010. Disponível em: <http://www.sidneyrezende.com/editoria/estadodorio>.
- [21] Dados encontrados em: <http://www.agora.uol.com.br/saopaulo/ult10103u665995.shtml>
- [22] Matéria disponível em: <http://www.agora.uol.com.br/saopaulo/ult10103u618231.shtml>
- [23] Carta Maior, 01/09/2010. Disponível em: [http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16928](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16928)
- [24] Estadão, 13/01/2011. Disponível em: [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br)
- [25] Alagoas na Net, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: [http://www.alagoasnanet.com.br/site/index.php?p=noticias\\_ver&id=4311](http://www.alagoasnanet.com.br/site/index.php?p=noticias_ver&id=4311)
- [26] Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q0Zw50JrDnoJ:conselho.saude.gov.br/docs/Parecer/perecer.doc+oss+e+ocips&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>
- [27] Artigo publicado na edição de setembro da revista Caros Amigos – Débora Prado. Disponível em: <http://forumpopulardesaude.com.br/site/?p=101>
- [28] Agência Carta Maior, 26/07/2010. Disponível em: [http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16821](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16821)
- [29] Matéria Disponível em: <http://www.sspma.com.br/novo/jornal.pdf>
- [30] Trecho de artigo publicado pelo jornal O Dia em 25/05/2010.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BIRIGUI

FORO DE BIRIGUI

3ª VARA CÍVEL

RUA FAUSTINO SEGURA, 214, Birigui - SP - CEP 16200-370

SENTENÇA

Processo Digital nº: 1001080-57.2014.8.26.0077  
 Classe - Assunto: Mandado de Segurança - Intervenção em Estado / Município  
 Impetrante: GEMEBI - GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA.  
 Impetrado: PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI e outro

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Cassia de Abreu

Vistos.

**GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA** interpôs o presente mandado de segurança contra ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI e da PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI** alegando, em suma, que o município lançou edital de licitação na modalidade de pregão presencial, para contratação de empresa ou entidade do terceiro setor, para prestação de serviços no programa estratégia saúde da família, como fornecimento de mão de obra. Aduziu que a prática é ilegal, pois a participação de OSCIPs ou OS, além de cooperativas, em licitações cujo objeto seja a terceirização de mão de obra é proibida. Pediu a antecipação da tutela. Alternativamente pediu a concessão de liminar, com suspensão da licitação. Por fim, pediu procedência, para que se determine a correção da ilegalidade constante do edital, retirando-se dele a autorização de participação de empresas do terceiro setor. Juntou documentos.

A liminar foi deferida, a fls. 136.

As autoridades coatoras prestaram suas informações. Aduziram não haver norma jurídica que proíba o terceiro setor de concorrer o objeto licitado. Alegaram que o objetivo do certame não consiste na contratação de mão de obra, mas sim busca-se a prestação de serviços para o desenvolvimento do programa estratégia saúde da família. Asseveraram que a licitação está focada na atividade a ser desenvolvida e não na pessoa a ser contratada. Afirmaram que não existe no ordenamento jurídico dispositivo legal que considere ilegal a participação de cooperativas, OCIPs e OS em procedimentos licitatórios. Pediram a revogação da liminar e a improcedência.

O representante do Ministério Público opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

**Fundamento. DECIDO.**

A segurança deve ser concedida.

Pois bem. A licitação ora questionada tem por objeto a contratação de empresa especializada ou entidade do terceiro setor, cujas finalidades estejam relacionadas ao objeto licitado, para prestação de serviços no programa estratégia saúde da família, **com fornecimento de mão de obra a ser efetivada por sessenta profissionais contratados pela licitante vencedora.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
 COMARCA DE BIRIGUI  
 FORO DE BIRIGUI  
 3ª VARA CÍVEL  
 RUA FAUSTINO SEGURA, 214, Birigui - SP - CEP 16200-370

Assim, o objeto da licitação, em última análise, não é a prestação de serviços, mas sim o fornecimento de mão de obra. Esta última atividade, forçosa a conclusão, não é compatível com a finalidade das entidades do terceiro setor (oscip e os), que não visam lucro e, via de consequência, estão impedidas de desempenhar atividade comercial.

Ademais, as chamadas OSCIPs e OSs somente se relacionam com o Poder Público através de contratos de parceria e de gestão.

A participação de tais entidades em licitações violaria um dos princípios basilares da licitação, qual seja, o da isonomia entre os participantes. Nesse sentido e com propriedade se manifestaram, tanto o impetrante como o representante do Ministério Público, já que as entidades do terceiro setor possuem regime tributário diverso das empresas que se dedicam à atividade comercial.

Os argumentos trazidos pelas autoridades coatoras não se sustentam, portanto. Ressalte-se que o fato de não haver norma expressa proibindo a participação das OSCIPs e OSs nas licitações não as autoriza a fazê-lo, pelos vários argumentos acima mencionados.

A procedência se impõe.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente mandado de segurança ajuizado por **GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA** contra ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE BIRIGUI** e da **PREGOEIRA OFICIAL DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI**, para o fim de determinar às autoridades coatoras que excluam do edital em questão a autorização de participação de empresas do terceiro setor na licitação. Julgo extinto o processo, com apreciação do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários.

Custas pelos requeridos.

P.R.I.

Birigui, 02 de junho de 2014.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,  
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**