ENTREVISTA COM O MESTRE

Dr. Jair Eduardo Santana

Contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e organização social: a gestão compartilhada da saúde

Inicialmente, o senhor poderia explicitar o que seria um contrato de gestão, qual seria sua finalidade e importância para o Poder Público, especificamente na área da saúde?

Antes de ingressar na abordagem do assunto proposto, tomo a liberdade de fazer um registro que ora atrai e costumeiramente afugenta o leitor.

Não é de hoje que o Setor do Direito Público, quase que sem exclusividade, vai caminhando pela superfície pouco ou nada se importando com a visita e a permanência nas regiões onde são encontrados os fundamentos necessários para a compreensão de determinados assuntos.

Essa postura que contamina transversalmente profissionais e intérpretes é danosa em todos os sentidos porque, na prática, pouco se sabe do que se fala.

Estou me referindo, de modo mais incisivo, à incompreensão preliminar de institutos que nos cercam. E o entendimento do contrato de gestão – especialmente quando vocacionado para a saúde pública – é exemplo do que falo.

Comumente vejo contratos de gestão modulados à luz de regime jurídico inaplicável. E não poderia haver nada mais absurdo do que isso e chega a causar paralisia o elevado grau dessa incapacidade de entendimento.

Na prática, é ofensivo a olhos e ouvidos o edital de licitação publicado para a escolha de empresa sem fins lucrativos que venha assumir determinados serviços públicos de saúde, mediante critério de julgamento da técnica e preço.

Como esta entrevista é fluída (espero que isso seja publicado sem censura pelo Editor), venho externando, num misto de brincadeira e seriedade, que provavelmente os filósofos do passado (Sócrates, Platão, Aristóteles, Montesquieu, dentre tantos) e muitos dos magníficos pensadores e notáveis que são mencionados hoje e sempre (Da Vinci, Galileu, Nikola Tesla etc.) não tivessem produzido tanto e com tanta profundidade se ficassem na média brasileira de tempo gasto no Facebook (que é de oito horas/mês "contra" 6.3 horas/mês da média mundial). E vejam que aí não estão computados os tempos dedicados ao Instagram, Twitter, Snapchat e outros do gênero.

Não é preciso ser nenhum desses gênios humanos citados para compreender as especificidades existentes num contrato de gestão de saúde e o seu regime jurídico.

Basta lembrar que qualquer instituto ou objeto de investigação, sob o prisma legal, imanta os princípios e as regras que lhes dão forma, impondo limites, possibilidades e vetorização.

O contrato de gestão de serviços de saúde (estou dizendo sem preocupação científica) densifica uma espécie de parceirização realizada entre o Poder Público e entidade do Terceiro Setor, a Organização Social de Saúde (ou, simplesmente, OSSs).

E não há como compreender tal contratualização celebrada entre os parceiros mencionados sem antes visitar o Terceiro Setor para entendimento das missões legais atribuídas às OSSs.

Se não se sabe – de início – nem mesmo o que é, a que serve e quais as regras do Terceiro Setor, como avançar em procedimento que objetiva a seleção de OSSs para realizar a Gestão Compartilhada na área da Saúde? Ou seja, visitas, revisitas, fixação de conceitos e entendimentos plurais são necessários nesta área.

Se eu não disse o que são, falo pela negativa e afirmo que não são elas, as OSSs, empresas como escutamos por aí diariamente. Tais entidades não possuem fins lucrativos e não praticam atividades comerciais. Mas isso não significa que estejam a cargo da realização de trabalho gratuito ou filantrópico.

A Lei 9.637 (de 15 de maio de 1998, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.648) criou e disciplinou as Organizações Sociais, como resultado da Reforma do Estado iniciada na Era do Governo Collor e finalizada na Era do Governo Fernando Henrique Cardoso.

O objetivo dessa intervenção normativa foi e é – em resumo – a diminuição do tamanho do Poder Público (*downsizing*) e o fomento à gestão eficiente mais aproximada da sociedade.

Hoje (2018) está muito mais claro, a qualquer brasileiro ou extraterrestre que aqui aporte, que o Poder Público se mostra relativamente incapaz de prover a sociedade com inúmeros dos serviços e utilidades básicas, mesmo a despeito do gigantismo autofágico existente em nossa estrutura governamental.

Por essa razão principal (a ineficiência ou a melhoria da eficiência) é que a celebração de contrato de gestão com OSS deve ser precedida de estudos aprofundados que determinem, em síntese, o problema, apontem a solução e evidenciem os respectivos custos com a elaboração de indicadores (de qualidade e quantidade), seguido de austero e constante M&A (monitoramento e avaliação). Tudo dentro de um ambiente que homenageia, sobretudo, a transparência e a eficiência.

Inexiste, portanto, qualquer possibilidade de se terceirizar o caos ou o problema da saúde. Posto que não se trata nem de terceirização e muito menos de trespasse puro e simples, a entidade não governamental, da ineficiência comumente encontrada.

Ao escrever um verbete no Dicionário de Políticas Públicas (UEMG), acabei por concluir o mesmo que concluo aqui: se o que se busca, ao final de tudo, é a eficiência governamental, haveremos de admitir a ineficiência e saber realizar tanto o trespasse quanto o monitoramento (já que seria inapropriado falar em fiscalização pura). De outro modo, se o Poder Público não se desincumbe razoavelmente da sua função, deveria ao menos ser eficiente no trespasse e no controle da atividade não executada. Somente assim poderemos visualizar e falar de resultados.

Destaquemos que a saúde é um direito do gênero dos direitos humanos e da espécie dos direitos sociais (conforme diz a nossa Constituição Federal).

Essa saúde que é direito, de um lado, é igualmente dever do Estado, de outro lado, não havendo possibilidade deste (o Estado) ser excluído da relação pelo só fato de ter havido uma transferência desses serviços para determinada OSS.

É que a atuação da OSS é complementar à atuação estatal que, reconhecendo sua incapacidade de prestar serviços de forma plena, como lhe é designado pela Constituição, opta pela eficiência e pela qualidade na prestação do serviço e para isso permite que o setor privado desenvolva certas atividades em seu lugar, mas sob sua supervisão, gestão e controle – e, evidentemente, atendendo aos parâmetros, diretrizes e critérios elaborados previamente.

Registre-se que a Lei 9.637 foi modulada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.923), em longo julgado (que precisa ser lido apesar das quase 150 páginas de registros), restando positivada no Brasil a possibilidade de se compartilhar a gestão e a execução da saúde de modo complementar valendo-se das OSSs.

O contrato de gestão entre o Poder Público e organizações sociais tem sido visto por muitos como um instrumento de fuga do regime jurídico administrativo. O senhor concorda com esta assertiva? O senhor acredita ser juridicamente possível o Poder Público delegar integralmente a execução dos serviços públicos de interesse da coletividade, como os de saúde, educação, assistência social, às organizações sociais por meio do contrato de gestão?

Discordo integralmente que o contrato de gestão possa ser utilizado como fuga, pelo Poder Público, dos seus deveres e das suas obrigações constitucionais e legais.

Como registrei há pouco, não há a menor possibilidade de trespasse puro e simples de um problema setorial causado pela ineficiência do Poder Público.

Se há ineficiência (e há com muita frequência), o primeiro passo é o reconhecimento (pelo Poder Público) desse cenário. O segundo é investigar como a superação do problema poderá se dar. As OSSs, quando bem selecionadas, mostram que a parceirização traz sensíveis melhorias ao Setor. E os motivos são simples além de diversos, a começar pela fluidez natural de quem trafega pelo trilho privado.

Vamos a um exemplo clássico e simples de entender (ainda focando na saúde pública): um cardioversor precisa ser adquirido para determinada unidade de saúde. A pergunta: quem tem melhores condições de efetuar essa aquisição? O público ou o privado, se consideramos simultaneamente (a) tempo, (b) qualidade e (c) valor?

Se quisermos potencializar a problemática, imaginemos a necessidade de um Centro de hemodiálise. Pensemos na elaboração, pelo Poder Público, dos projetos de engenharia para a futura edificação que abrigará referidos serviços. Não raro, uma licitação seria deflagrada para que a empresa de engenharia pudesse elaborar o Projeto Básico, os projetos complementares e o Projeto Executivo. Fosse esse o caminho, em quanto tempo o Centro de hemodiálise estaria em pleno funcionamento de acordo com o modelo clássico de suprimentos governamentais?

As respostas são intuitivas e mostram que as OSSs possuem melhores condições (em muitos casos) que o Poder Público.

Mas não se tratará jamais (enquanto o marco regulatório ditar o que reza hoje) de uma simples terceirização que repassa ao privado o problema e os recursos financeiros correspondentes debaixo da esperança de fuga, pelo Poder Público, dos seus deveres constitucionais em relação à saúde pública.

Qual o modelo adequado para a escolha de uma Organização Social e celebração de um contrato de gestão? Seria necessária a licitação? Sabemos que esta questão não é pacífica na doutrina, mas gostaríamos de saber seu posicionamento.

Não há mais nenhuma controvérsia possível para a escolha de OSSs depois que o Supremo Tribunal Federal – STF modulou a Lei 9.637 na ADI 1.923.

O STF fixou entendimento de que: (a) a gestão compartilhada da saúde é possível e legítima; e a opção pelo modelo é discricionária do agente político democraticamente eleito, (b) a seleção de OSSs deve ser feita mediante procedimento específico que as qualifique como tais, assujeitando-se a inúmeros princípios constitucionais, (c) não está vedada a contratação direta, quando presentes os pressupostos materiais e procedimentais, e (d) não se aplica a Lei 8.666/93 na celebração de ajustes entre as OSSs e terceiros.

Também está solidificada a premissa segundo a qual o processo de seleção de OSS não é um procedimento de licitação regrado pela Lei nº 8.666/93.

E, por consequência de tudo, o contrato de gestão não é um contrato administrativo regrado pela Lei de Licitações, a começar porque não há partes, e sim parceiros que ajustam entre si metas, como forma de garantir a obtenção de resultados satisfatórios para ambos.

Recomendo sempre aos gestores que queiram trilhar por esse caminho (e OSSs que se relacionam com o Poder Público) que estejam atentos às fases de (a) planejamento, (b) qualificação e seleção, (c) contratualização e (d) M&A – monitoramento e avaliação incluindo a prestação de contas exigíveis na forma da lei.

Os contratos de gestão podem ser celebrados por prazo indeterminado? Eles estão atrelados à disciplina da Lei nº 8.666/93? Há limites para acréscimos ou supressões quantitativas?

Considerando, como dito antes, que a Lei nº 8.666 não está na regência desse objeto, não se aplicam ao contrato de gestão os contornos e limites ali existentes para a contratualização.

Mas por certo não seria o caso de se contratualizar por prazo indeterminado. Creio que somente quem atua no setor (de fato) tem condições de entender que nem mesmo uma transição (da gestão exclusivamente pública para a gestão compartilhada) seja algo tão simples, dependendo do que é o objeto do trespasse.

O estabelecimento de indicadores (de qualidade e de quantidade), o cumprimento de metas e, por fim, a inequívoca obtenção de resultados (focados na eficiência) fazem parte de um processo quase que contínuo de aperfeiçoamento na prestação de serviços (especialmente de saúde).

Enfim, será o caso concreto que ditará o prazo do ajuste que poderá ser de 6, 7, 8 anos (ou até mesmo prazos maiores, de acordo com a conveniência ao interesse público e as características do setor). Da mesma forma que poderia ter 1, 2 ou 3 anos.

Mas, parceria que é, pode ser desfeita a qualquer tempo segundo as regras que forem pactuadas no contrato de gestão.

Não há que se falar, como decorrência do que está dito antes, da imposição de limites às alterações contratuais. Não estamos falando de ajustes regidos pela Lei 8.666/93.

Essa simples premissa há de ser fixada inicialmente.

Imaginemos que algo se programou para um quantitativo de 100% e haja necessidade real para além dos 25%. O 126º paciente da unidade de saúde não seria atendido enquanto não fossem feitas todas as justificativas imagináveis para a superação do limite de acréscimo de 25% permitido pela Lei 8.666? Ou esse paciente nem mesmo seria atendido para não extrapolar o limite legal da 8.666?

Os contratos de gestão na área da saúde têm realmente proporcionado uma menor onerosidade ao Estado, bem como serviços de melhor qualidade à população, sem que o Governo tivesse que aumentar suas despesas?

Não é a primeira vez que cito aqui a expressão M&A – monitoramento e avaliação. Essa atividade é inerente ao modelo da gestão compartilhada da saúde pública. É desse M&A que surgirão os elementos que permitirão dizer se o modelo posto está produzindo, ou não, os resultados positivos estabelecidos inicialmente.

Os indicadores (de qualidade e de quantidade), as métricas, os resultados enfim que forem coletados dirão se o projeto (como gosto de dizer) está no caminho correto.

A dimensão econômica do projeto é questão de pouca importância, desde que o Poder Público entenda a necessidade de ter (no modelo) um centro de custos, conforme os termos da lei. Digo pouca importância no sentido de que os custos serão sempre um dos elementos de aferição da eficiência dos serviços.

Trafegar na rodovia pública esburacada a custo imediato zero talvez seja mais oneroso do que transitar pela estrada concessionada pagando-se algum valor simbólico ou não. Nesse contexto hipotético, o quê, enfim, seria esse conceito de onerosidade?

Como eu disse há pouco, é impensável transferir a uma OSS o problema e os recursos, imaginando que do nada tudo irá se resolver na prestação de serviços relacionados à saúde pública.

Em muitos projetos de trespasse dos serviços de saúde para o Terceiro Setor, o que vejo é a quase absoluta falta de planejamento e normalmente nem mesmo se tem em conta os custos da saúde antes de uma transição do público para o regime compartilhado.

Há inúmeras possibilidades de maximização e eficientização da saúde pública pela via das OSSs, incluindo resultados positivos no tocante aos aspectos econômicos.

Mas – não custa insistir – as OSSs só atuam bem quando o Poder Público faz a sua parte, incluindo a modulagem cumprindo todas (todas!) as ações em suas fases (do planejamento ao monitoramento).

Será um erro de largada pensar que o compartilhamento da gestão da saúde é um antídoto para a crônica doença da saúde financeira do Poder Público.

Por isso é que cada projeto (ou caso concreto) deverá – a partir do planejamento – aprofundar estudos para avaliar a melhor solução dentro dos conceitos de viabilidade técnica e econômica que venham a ser apurados e o melhor modelo aplicável para o caso específico. Não há – e nem deveria haver – uma fórmula matemática e binária para isso.

A Lei nº 9.637/98 permite a cessão de funcionários públicos para prestar serviços perante as organizações sociais, custeados pelo próprio ente estatal, ou seja, além de o Poder Público custear o quadro de pessoal das organizações sociais, dispensa-se a prévia aprovação em concurso público para a ocupação das respectivas vagas, valendo-se de servidores públicos concursados, mas removidos para o trabalho junto a tais entidades. Como o senhor vê esta situação?

O pilar dos talentos humanos de um projeto de gestão compartilhada de saúde (entre o Poder Público e OSSs) é fundamental tanto na dimensão assistencial quanto na parte da administração e da gestão propriamente dita.

O dimensionamento do quadro (e de equipes) num bom projeto, de regra, eficientiza o cenário encontrado no setor público. E, de fato, segundo a lei, os servidores públicos podem ser aproveitados pelas OSSs.

Estes, os servidores públicos, não se confundem com aqueles que vierem a ser contratados pelas OSSs mediante procedimento de seleção.

Não é verdade (e tampouco possível) que os prestadores de serviço ou colaboradores das OSSs possam ser contratados sem qualquer critério ou arbitrariamente.

E quem diz isso é o STF na ADI que aqui já citei algumas vezes. A OSS deve (não há opção!) selecionar seus colaboradores mediante procedimento específico que seja objetivo e, ao mesmo tempo, impessoal.

Particularmente entendo razoável quando o projeto oportuniza aos servidores concursados a opção de permanecer na unidade que passa à gestão compartilhada, acaso o aproveitamento seja possível. Mas, na prática, devem estes servidores estar cientes de que o regime privado que lhes será posto é bem diferente do regime público de trabalho. Estes passarão a trabalhar em busca do atingimento de resultados advindos dos indicadores de *performance* que forem previamente fixados entre os parceiros público e privado.

Como será feito o controle por parte da Administração Pública, no tocante à destinação dos recursos públicos auferidos pelas organizações sociais?

Esse é um ponto muito interessante que converge para aquela minha fala inicial (que afugenta leitores).

Dado o desconhecimento generalizado do assunto e a falta de regulação satisfatória, são poucos os ambientes que deram tratamento ao tema controle e fiscalização de repasses feitos ao Terceiro Setor.

Cito aqui, como exemplos positivos, as medidas adotadas pelos Tribunais de Contas de São Paulo e do Espírito Santo que estabeleceram os parâmetros a serem seguidos pelos seus jurisdicionados no repasse de recursos públicos para o Terceiro Setor.

Mas, onde não há disciplina, eu é que formulo a pergunta: como controlar a destinação de recursos públicos para as OSSs?

A estas vamos aplicar as mesmas regras que são impostas ao Poder Público quando este realiza despesas em relação à saúde? Mesmo sendo estas, as OSSs, de natureza privada e sem fins lucrativos? É possível imaginar uma OSS realizando empenhamentos, dentro da sistemática da classificação funcional-programática e orçamentária inerente ao Poder Público?

Os exageros dos questionamentos feitos são propositais e mostram que evidentemente isso não será possível: impor à OSS o regime público puro de execução da despesa e prestação de contas.

Sugiro ao Poder Público, onde não há regras específicas, que – durante a modelagem – fixe os parâmetros, as regras e as diretrizes para o controle e a prestação de contas em relação a recursos públicos transferidos para as OSSs.

Recordam-se do que disse há pouco sobre o centro de custos? Pois bem, ele é mesmo indispensável juntamente com a presença de *softwares* corporativos que auxiliem na gestão das atividades finalísticas (assistenciais) e administrativas, onde incluo por certo as orçamentárias, as contábeis e as fiscais.

De uma maneira geral e diante das observações feitas até aqui, onde há um bom modelo de gestão compartilhada de saúde entre Poder Público e organizações sociais?

Há algumas ótimas iniciativas em curso no Brasil e, embora sejam poucas, todas elas mostram elementos comuns. O principal deles é o entendimento amplificado dos institutos trazidos para o ambiente onde a parceria entre o Poder Público e a OSS se instala.

No âmbito do Estado do Espírito Santo, há um excelente case que imanta extraordinariamente todo o referencial incidente (marco regulatório) e os atores (do Poder Público) detêm domínio singular das categorias que o modelo da gestão compartilhada maneja.

Refiro-me, especialmente, à gestão compartilhada da saúde prisional que – dadas as particularidades dos respectivos serviços – desafiaram e desafiam a todo instante o Poder Público e o Terceiro Setor.

A Secretaria de Justiça do Estado (SEJUS), por intermédio da Gerência de Saúde do Sistema Prisional (GSSP), é responsável pela prestação de serviços de saúde à população carcerária (população pouco mais de 20 mil), em 35 unidades prisionais existentes em locais distintos do Estado capixaba.

Ditos serviços são objeto de gestão compartilhada com OSS e o desafiador modelo tem o entendimento não apenas da SEJUS, mas igualmente de outras Secretarias de Estado que tematicamente são vinculadas ao assunto (a exemplo da Secretaria de Governo – SEG, Secretaria de Gestão e Recursos Humanos – SEGER, Secretaria de Saúde – SESA, Secretaria de Controle e Transparência – SECONT e Procuradoria Geral do Estado – PGE).

O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE/ES, já mencionado aqui, sensível ao assunto editou normativo para regular a matéria no âmbito das suas competências (Instrução Normativa TC nº 42, de 15 de agosto de 2017 – a propósito da fiscalização da formalização e execução dos contratos de gestão, das respectivas prestações de contas).

O Ministério Público capixaba possui um brilhante roteiro, editado sob a forma de Recomendação, para orientar o Setor (Recomendação 030/2016), o qual, pelo didatismo, sempre recomendamos.

No caso da saúde prisional, por envolver o Poder Judiciário estadual em atribuições que perpassam pela pessoa encarcerada, também este detém o conhecimento necessário ao entendimento aqui já falado.

E, por fim, o Estado do Espírito Santo de longa data elegeu o tema Terceiro Setor como pilar estratégico (Lei Complementar Estadual nº 489, de 22 de julho de 2009) assentado na eficiência e na qualidade dos serviços.

E as OSSs que por lá atuam vão paulatinamente se destacando na excelência das suas primordiais missões e cumprindo o seu relevante papel.

Quais são as perspectivas futuras na área da saúde desta gestão compartilhada entre Poder Público e organizações sociais?

Se o medo de existir, de que nos fala o filósofo José Gil, for superado juntamente com o que ele chama de fenômeno da não inscrição, certamente poderemos chegar num patamar confortável em relação ao Terceiro Setor, e não apenas às OSSs (e nisso sigo reclamando pelo entendimento das diversas espécies de entidades que integram o Terceiro Setor com seus respectivos regimes jurídicos).

Mas vou explicar.

José Gil escreveu um livro, dentre muitos de sua autoria, onde ele diz:

"É a vida"!

> A frase – não raro – constitui por si só toda uma "visão do mundo" e, mais importante, toda uma visão de nós mesmos, da nossa vida enquanto (tele) espectadores do mundo. "O telespectador é colocado dentro do mundo mas ao mesmo tempo acima dele, como se o vivesse não o vivendo. "É a vida"! A nossa, a de todos, aquela que vivemos – e, no entanto, a vida é um espetáculo de imagens a que vós acabais de assistir. Estamos fora da vida, dentro dela: "É a vida"![1]

O filósofo chama de "não inscrição" aqueles acontecimentos que não influenciam a nossa vida; como se não acontecessem. E, não tendo acontecido, não há "responsáveis". "Pode-se continuar a vida como se nada tivesse se passado. Os acontecimentos não se inscrevem em nós, nem nas nossas vidas, nem nós nos inscrevemos na história. Por isso, não acontecem. Isso vem do medo e da falta da ideia de futuro; vive-se num presente que se perpetua. Não se inscreve em nós o futuro nem o passado".[2]

Ou seja, essa letargia – arrisco eu a dizer – atinge-nos também quando pensamos um pouco mais para fora do círculo estreito de nossa vivência: "Governo", "Poder Público", "Administração", "Política", "Economia"; enfim, "eles" e não "nós"! Como se não fôssemos os verdadeiros "atores e senhores do nosso próprio destino".[3]

Se ainda prendi a atenção do(a) leitor(a), o que estou ensaiando para responder à questão feita é no sentido de que todos os ingredientes estão à mesa para que as OSSs cumpram o seu papel eficientizando a saúde pública brasileira.

Há demandas não atendidas por ineficiência governamental, há recursos financeiros que alavancam total ou parcialmente os serviços de saúde, há materiais, medicamentos e insumos disponíveis no mercado fornecedor, há excepcionais profissionais da saúde que se dedicam a esse tipo de cuidado humano e há diversas OSSs que podem atuar dentro desse Setor.

Mas enquanto o Poder Público e os demais setores responsáveis não entenderem a fundo desse assunto e da modulagem que deve ser feita, percorrendo o passo a passo do intrincado processo de trespasse dos serviços (do Setor Público para o Terceiro Setor), seguiremos na trilha do filósofo José Gil, lamuriando com pessimismo a baixa *performance* da saúde pública nacional. Afinal, como escuto diariamente por aí, sempre é mais fácil simplesmente dizer: "é a vida"!

1. GIL, José. *Portugal, Hoje. O medo de existir.* 3. ed. Lisboa: Relógio D'agua, 1998.

2. GIL, José. *Op. cit.*

3. SANTANA, Jair. *Democracia e cidadania.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.