

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

São Paulo, 06 de setembro de 2018

Ao

Senhor Presidente do Instituto do Legislativo Paulista da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Na qualidade de jurista, foi-me elaborado o convite para participar de evento destinado à reflexão sobre as melhores práticas de controle sobre as organizações sociais (OSs) no Estado de São Paulo.

Neste contexto, com o propósito de contribuir para a qualidade dos debates, tenho a honra de encaminhar-lhe a presente nota técnica, que contém a síntese dos principais aspectos que, sob minha ótica e experiência no setor, devem nortear os trabalhos desta Egrégia Assembleia.

I. Histórico de excelentes resultados nos contratos de gestão celebrados no Estado de São Paulo

Preliminarmente, cumpre reconhecer que, a despeito de problemas pontuais sob a perspectiva do controle, que não podem ser sonegados, mas corrigidos, a situação das OSs no Estado de São Paulo é um exemplo de como esse modelo de parceria pode ser benéfico para os interesses públicos. Em âmbito nacional, foi no Estado de São Paulo que o modelo de parcerias por contrato de gestão mais se desenvolveu, cumprindo lembrar o histórico de que o modelo iniciou “durante a administração do Governador Mário Covas e viabilizou a transformação de nove esqueletos de obras em modernos hospitais públicos”, entregando excelentes e sólidos resultados à população paulista desde a origem.¹

Nos últimos anos, o modelo de parcerias com as Organizações Sociais no Estado de São Paulo foi consideravelmente ampliado e os estudos empíricos sobre o modelo indicam que a

¹ LINS, Bernardo Wildi . Organizações sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 291.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

parceria com Organizações Sociais de Saúde “é uma alternativa concreta para obtenção de maior qualidade e produtividade com menores custos”².

Atualmente, conforme se depreende do sítio eletrônico da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, existem no Estado 46 Organizações Sociais de Saúde Qualificadas.³ Considerando todos os serviços sociais abrangidos pelo modelo, segundo dados de junho de 2018, existem “cerca de 8.400 contratos de gestão (envolvendo estado e municípios paulistas), por meio do qual o poder público estabelece serviços a serem prestados e metas a serem atingidas”. Estudos elaborados pela Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo “apontam que os hospitais sob gestão das OSs conseguem ser até 52% mais produtivos e custam 32% menos do que os da administração direta”.⁴

Segundo os professores Hironobu Sano e Fernando Luiz Abrucio, “o modelo das OS no Brasil tem na experiência paulista o seu caso mais bem-sucedido”, sendo que “os avanços das OSs da Saúde em São Paulo são evidenciados por dados referentes à eficácia e eficiência dos gastos públicos e à área de recursos humanos, ainda mais quando comparados ao desempenho dos hospitais estatais paulistas”. Para eles, existe uma explicação para o sucesso das OSs, que pode ser resumido, basicamente, em 3 fatores (os quais também estão presentes nas experiências bem-sucedidas de outros países no campo da gestão por resultados): 1) flexibilização administrativa, “que favorece um melhor gerenciamento”; 2) modelo de parceria pela celebração de contrato de gestão, “que aumenta a capacidade de planejar e executar por meio de metas capazes de serem avaliadas”; e 3) êxito do modelo de repasse a entes públicos não estatais, “que só deu certo em São Paulo, porque foi constituído um núcleo burocrático estratégico na Secretaria de Estado da Saúde, capaz de regular, monitorar, avaliar e, eventualmente, alterar o rumo do processo de contratualização”.⁵

O ex-governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin (PSDB) compartilha do entendimento de que o modelo de contrato de gestão existente entre o Estado de São Paulo e as Organizações Sociais é benéfico ao interesse público e serve como modelo a ser seguido pelos demais entes federados. Em entrevista ao Jornal Nacional, quando indagado sobre saúde pública, Geraldo Alckmin (PSDB) afirma que as “OSs são um modelo. O hospital mais bem avaliado do Brasil é o Instituto do Câncer do Estado de São Paulo (ICESP), eleito pelos

² TABORDA, Wladimir; GOMES, Marcio Cidade; PASCHOA, Nilson Ferraz; BARATA, Luiz Roberto Barradas. Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

³ Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/>> Acesso em 04 set. 2018.

⁴ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/modelo-de-oss-na-saude-avanca-com-menor-custo-mas-e-alvo-de-polemica.shtml>> Acesso em 04 set. 2018.

⁵ SANO, Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. Promessas e Resultados da Nova Gestão Pública no Brasil: o caso das Organizações Sociais de Saúde em São Paulo. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, volume 48, nº 3, jul./set., 2008.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

usuários”. Afirma também que “as OSs são permanentemente monitoradas pelo Estado, sendo que foram inauguradas, em oito anos e em plena crise, 16 hospitais novos e 23 AMEs”.⁶

No ano de 2009, tive a oportunidade de comentar os efeitos da Medida Cautelar da ADIn nº 1.923/DF,⁷ julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, ocasião em que a eficácia da gestão compartilhada de hospitais públicos no Estado de São Paulo já se revelava bastante satisfatória. Nessa mesma época, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) havia considerado constitucional a Lei Municipal nº 14.132/2006, que instituía o modelo das organizações sociais no âmbito do Município de São Paulo, registrando no julgamento que este modelo seria “valioso instrumento de implementação da democracia participativa”.⁸

Um dos motivos pelo bom desempenho do modelo de parcerias com as Organizações Sociais paulistas reside no fato de que a lei estadual instituidora da qualificação dessas organizações guarda diferenças se comparada ao modelo federal. Uma das principais distinções é que, conforme o artigo 3º da Lei Complementar nº 846/1998, “o Conselho de Administração das Organizações Sociais assim qualificadas com base na lei paulista não é obrigatoriamente formado por membros do Poder Público, como ocorre em virtude de expressa previsão constante na legislação de base das organizações sociais da esfera federal”⁹. Muito em razão disso, “A experiência paulista com as organizações sociais na área da saúde, envolvendo hospitais conveniados com o SUS, destaca-se no cenário nacional, e desponta como uma das grandes possibilidades de utilização desse modelo específico gestão de serviços sociais¹⁰.”

A experiência positiva do Estado de São Paulo com os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais não está restrita à área da saúde. Segundo consta do sítio eletrônico da Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo, há 18 Organizações Sociais, com contratos de gestão vigentes, qualificadas pela Secretaria da Cultura.¹¹ Toma-se como exemplo de contrato de gestão a Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (OSESF), que desde 2005 está sendo administrada pela Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, uma Organização Social. Segundo a professora Patrícia Luciane de Carvalho, a OSESF demonstra ser “um grande sucesso, destacadamente quanto à democratização do acesso a cultura (concerto a preços

⁶ Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/6983110/>> Acesso em 04 set. 2018.

⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=58304>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁸ Cf. ADIn. nº 130.726-0/7-00, TJSP, publicado na íntegra na Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTs, Belo Horizonte, n. 2, p. 229-232, jul./dez. 2007.

⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Organizações Sociais. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 75-76.

¹⁰ Ibidem, p. 76.

¹¹ Disponível em: <<http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/organizacoes-sociais-de-cultura/os-qualificadas/>> Acesso em 04 set. 2018.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

populares, ensaios gerais abertos ao público ou a preços populares, falando de música, transmissão ao vivo pela Internet e retransmissão pela televisão e rádio)¹².

A conclusão segura é de que, no âmbito do Estado de São Paulo, a adoção do modelo de contrato de gestão com as Organizações Sociais “gerou resultados positivos no que se refere ao incremento de eficiência e à redução de gastos sobre os serviços públicos sociais”¹³. Contudo, ainda que as estatísticas sejam significativamente positivas, o modelo de contrato de gestão ainda pode ser aperfeiçoado, especialmente no tocante ao controle de gastos dos recursos públicos repassados.

II. Diretrizes para o aperfeiçoamento do controle sobre as OSs no Estado de São Paulo

Em dedicação ao presente tema, já tive a oportunidade de registrar que “O Terceiro Setor é o segmento que mais dialoga com a esfera pública e privada por meio de atos voluntários dos próprios cidadãos. É a esfera que se aproxima da vontade da sociedade, pois, na teoria, a sua atuação é a manifestação dos interesses e necessidades do povo. É o setor que representa a sociedade civil organizada, compreendida pela integração de pessoas, físicas ou jurídicas, sem ânimo econômico e fora do Estado, que se unem espontaneamente para buscar soluções, proteções e efetivações de questões de interesses coletivos”¹⁴.

“Entretanto, o Terceiro Setor sofreu, tal como as iniciativas pública e privada, o desvirtuamento de sua finalidade por meio de atos de corrupção – isolados, porém de impactos negativos - e usos indevidos, desacompanhados de controle e regulação, dos instrumentos legais existentes para o desenvolvimento da sociedade civil, dando espaço ao crescimento da desconfiança na área. A descredibilidade é vista não só nos cidadãos, como também nas instituições, a exemplo dos Tribunais de Contas e Ministério Público, que geralmente ao analisarem as relações entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil partem da premissa de que a irregularidade está presente, de modo a não enxergarem os resultados e benefícios conquistados com as parcerias”¹⁵.

¹² CARVALHO, Patrícia Luciane de. Organizações Sociais de Cultura – O Caso da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo. Revista Síntese de Direito Desportivo. Ano II, nº 9, out./nov. 2012.

¹³ LINS, Bernardo Wildi . Organizações sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 296.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Carolina Filipini. Terceiro Setor e o Governo Temer: quais os rumos do Terceiro Setor em um cenário de instabilidade política e de combate à corrupção? Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Artigo_Terceiro_Setor_e_o_Governo_Temer_jun2017.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁵ Idem.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

Nesse contexto, quando se observa o complexo emaranhado de normas dedicadas ao controle dos gastos públicos no Brasil, verifica-se que leis e decretos em vigor já dispõem fartamente sobre as condutas que devem ser adotadas e evitadas por aqueles que recebem, dispõem ou gerenciam recursos com origem no erário.

A despeito das robustas e inúmeras normas de natureza sancionatória, seja no âmbito anticorrupção, concorrencial, civil, penal ou administrativo, desvios de conduta continuam sendo perpetrados nas relações jurídico-administrativas. Analisando-se o histórico crescente de normas dedicadas à repressão desses desvios, conclui-se que o robustecimento das penalidades aplicáveis ou dos mecanismos formais de controle, ou mesmo de âmbitos para prestações de contas, não são medidas capazes de mitigar a ocorrência do fenômeno; se já há dificuldade para se afastar o risco de corrupção, quanto maior os desvios de conduta que se encontram na zona cinzenta da ética profissional.

Por essa razão, o aperfeiçoamento do controle sobre as organizações sociais no Estado de São Paulo não é um problema que deve ser enfrentado por meio da proposição de mais uma alteração legislativa, que crie limitações à autonomia privada dessas entidades, ou novos mecanismos e momentos formais de prestação de contas. Inclusive, pois, interferências sobre a autonomia privada dessas entidades violarão frontalmente o conteúdo da ADI 1923/DF, já julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a sujeição das OSs ao regime jurídico de direito privado, a despeito do influxo de normas principiológicas de direito público.

O aperfeiçoamento do controle sobre as OSs não reclama a imposição de novas normas limitadoras à autonomia das organizações sociais. O enfoque a ser empreendido é outro: o aperfeiçoamento do controle depende do fomento a uma política de aderência às normas já existentes, cuja qualidade é pacífica e unanimemente reconhecida, o que deve ser desenvolvido mediante uma estratégia para a efetiva incorporação de uma cultura ética e colaborativa pelas organizações sociais.

A recomendação é que se evite qualquer alteração legislativa que retire a flexibilidade ou que promova a *estatização* das organizações sociais. A subordinação dessas entidades a normas tipicamente aplicáveis apenas à Administração Pública desnaturará o modelo das OSs, em movimento legislativo fadado à declaração de inconstitucionalidade. Ao reduzir-se substancialmente a diferença entre os regimes jurídicos aplicáveis aos modelos de prestação de serviços sociais (i) pela via estatal direta ou (ii) por meio de contrato de gestão, a Administração abre mão da possibilidade de comparação entre duas modelagens distintas e, assim, perde o importante benefício contemporâneo de ter discricionariedade para optar, no caso concreto, pelo modelo de prestação mais eficiente para a população.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländischesund internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha). Visiting Researcher no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda)

Vale mencionar, ainda, que mesmo em caso de aprovação de uma legislação com esse indesejado teor, o que provavelmente ocorrerá será a simples migração das parcerias para outras modelagens já existentes no ordenamento brasileiro e alheios à competência legislativa desta Egrégia Assembleia. Refere-se aqui à possibilidade de que, em vez de contratos de gestão, sejam celebradas parcerias com base nas normas gerais instituídas pela Lei Federal nº 13.019/2014, que permitem a estruturação de termos de parceria e termos de fomento com conteúdo análogo aos contratos de gestão.

Orienta-se, diferentemente, que os esforços sejam dedicados ao fomento de política de *compliance* ao terceiro setor paulista, para que essas entidades absorvam mecanismos de integridade já consagrados na experiência nacional e internacional, que efetivamente permitam a absorção de valores éticos à cultura institucional, nos termos do §7º do artigo 1º do Projeto de Lei Complementar que visa à alteração da Lei Complementar nº 846/1998.

A ampliação dos mecanismos de controle, portanto, deve ocorrer a partir da diretriz de fortalecimento do *compliance* nas OSs, considerando-se o consenso científico contemporâneo de que a prevenção é a melhor estratégia para se garantir a aderência às normas e a integridade na atuação das organizações. Reclama-se, assim, o robustecimento do *compliance* nessas entidades, mantendo-se a autonomia típica do terceiro setor, como entidades privadas, em contraposição a qualquer movimento de diminuição da autonomia privada dessas entidades que possa ser sugerido em alteração de projeto de lei.

São as minhas considerações sobre o tema.

Reitero a Vossa Excelência os votos de minha alta consideração e apreço.

São Paulo, 06 de setembro de 2018.



Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo da USP. Fundador e Coordenador da Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, da ED. Fórum (2007-2017). Membro da Comissão de Terceiro Setor da OAB-SP. Autor de diversos artigos sobre Terceiro Setor