

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 023.410/2016-7

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional

Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Congresso Nacional.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. REQUER INFORMAÇÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR ENTES PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE E DA FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE FOMENTO NOS LIMITES DE GASTOS DE PESSOAL PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 (LRF). RATIFICAÇÃO PELO STF DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.637/1998, QUE TRATA, ENTRE OUTROS ASSUNTOS, DESSAS CELEBRAÇÕES. JULGADOS QUE INDICAM A VALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM PARCERIA COM O PODER PÚBLICO. ENVIO DOS AUTOS À SEMAG PARA PRONUNCIAMENTO SOBRE A FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS. SOLICITAÇÃO PARCIALMENTE ATENDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.923, ratificou a constitucionalidade da contratação pelo Poder Público, por meio de contrato de gestão, de organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde.
2. A jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário) é no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais.
3. É necessária cautela para não se criar confusão entre o instrumento do contrato de gestão e o seu eventual mal uso. É certo que a aplicação prática do modelo tem revelado distorções que devem merecer a atenção redobrada dos órgãos de controle.
4. A utilização de contratos de gestão com organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde é opção discricionária do governante, cuja valoração cresce em importância em momentos de retração econômica e queda na arrecadação.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, a instrução lançada pela auditora da Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) constante à peça 5, que recebeu a anuência do dirigente da entidade à peça 6:

“Trata-se do Ofício 1016 (SF), de 3 de agosto de 2016, por meio do qual o Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, encaminha o Requerimento 26/2016-CAS, da Senadora Lídice da Mata, aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais, no qual é solicitado ao TCU que se pronuncie acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais, por entes públicos na área de saúde, e, especialmente, a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 (LRF) (peça 1).

2. De acordo com os termos do Requerimento 26/2016-CAS, a solicitação se justifica diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1923, e da possibilidade de destinação de recursos públicos, pelo Congresso Nacional, para o financiamento de contratos de gestão com organizações sociais na saúde.

3. Foi destacada decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) pugnando pela necessidade de inclusão dos gastos com a força de trabalho dessas entidades privadas entre as despesas de pessoal, para fim de cálculo dos limites prudenciais previstos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Também foi apontado que os Tribunais de Contas de outros Estados, a exemplo de São Paulo, vêm interpretando a mesma matéria de forma divergente.

Exame

Admissibilidade

4. Inicialmente, verifica-se que a presente solicitação deve ser conhecida por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU, bem como art. 3º, inciso II, da Resolução-TCU 215/2008.

5. A matéria tratada no Requerimento 26/2016 pela Comissão de Assuntos Sociais é de extrema relevância, pois a terceirização de ações e serviços públicos de saúde é uma medida amplamente adotada pelos entes estaduais e municipais. Cada vez mais, hospitais públicos, unidades básicas de saúde, centrais de diagnóstico, equipes da saúde da família, entre outros serviços, têm seu gerenciamento transferido para entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou mediante Parcerias Público-Privadas. Entretanto, os agentes privados não substituirão as instituições públicas, já que o Estado continua como responsável constitucional pela garantia da prestação de tais serviços, para que os cidadãos tenham seus direitos atendidos com qualidade e eficiência.

Possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde

6. Com a publicização de serviços por Organizações Sociais, apregoa-se maior flexibilidade e eficiência quando os serviços são prestados por tais entidades, todavia, setores da sociedade alegam inconstitucionalidade na medida e não atendimento aos princípios do Sistema Único de Saúde – SUS. Desde a sua normatização em 1998, o modelo das organizações sociais tem sido alvo de controvérsias, tanto ideológicas quanto jurídicas e técnicas. Além de o próprio modelo em si ter sua constitucionalidade questionada, alguns pontos específicos recebem diferentes interpretações. Diversos temas são objeto de polêmica na doutrina e na jurisprudência, entre os quais podem ser citados: a natureza jurídica do contrato de gestão; a participação complementar da iniciativa privada no SUS; se tal medida constituiria terceirização de atividades finalísticas; a discricionariedade na qualificação das organizações sociais; se é necessário licitação para escolha da organização social que celebrará contrato de gestão; se tais entidades devem realizar concurso público e processo licitatório.

7. O Ministério da Saúde regulou a relação do SUS com os prestadores de serviços de saúde privados por meio da Portaria MS/GM 1.034/2010, alterada pela Portaria MS/GM 3.114/2010, e definiu que os entes públicos poderiam complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde; e haja a impossibilidade de ampliação de tais serviços.

8. Foram definidos os seguintes requisitos:

Art. 8º As instituições privadas de assistência à saúde contratadas ou conveniadas com o SUS devem atender às seguintes condições:

- I - manter registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES;
- II - submeter-se a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde - PNASS;
- III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor;
- IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto;
- V - atender as diretrizes da Política Nacional de Humanização - PNH;
- VI - submeter-se ao Controle Nacional de Auditoria (SNA), no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, desde que solicitado;
- VII - obrigar-se a entregar ao usuário ou ao seu responsável, no ato da saída do estabelecimento, documento comprobatório informando que a assistência foi prestada pelo SUS, sem custos adicionais para o paciente; e
- VIII - garantir o acesso dos conselhos de saúde aos serviços contratados no exercício do seu poder de fiscalização.

Art. 9º Os contratos e convênios firmados deverão atender aos seguintes requisitos:

- I - os serviços contratados e conveniados ficam submetidos às normas do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios;
- II - para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos SUS; e
- III - os estabelecimentos deverão ser identificados no contrato pelo código do CNES, de acordo com os dados que constem nesse cadastro.

9. Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público, desde que a celebração de convênio com tais entidades seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, em observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, insculpidos no *caput* do artigo 37.

10. Por votação majoritária, a Suprema Corte julgou parcialmente procedente a ADI 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde. Na ação, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionavam a Lei 9.637/1998 e o inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações).

11. O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, asseverou que a Lei 9.637/1998 institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, dinâmico e eficiente. Ressaltou que a busca da eficiência dos resultados, mediante a flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado. Registrou, ademais, que esse modelo de gestão pública tem sido adotado por diversos Estados-membros.

12. Desse modo, restou confirmada a possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, com a seguinte interpretação conforme a Constituição à Lei n. 9.637/98 e ao art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93, incluído pela Lei n. 9.648/98:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, 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 Constituição Federal; (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 Constituição Federal; (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 Constituição Federal, 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 restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

13. Portanto, entre os diversos pontos abordados, que incluem os princípios constitucionais da transparência, como desdobramento do princípio da publicidade, e da impessoalidade nas contratações, mais uma vez foi reafirmada a competência desta Corte de Contas para atuar no controle da chamada “Terceirização de ações e serviços de saúde”.

Os trabalhos do TCU sobre a terceirização na saúde

14. Em 2012, o TCU realizou auditoria para examinar em que medida os entes governamentais estão exercendo as funções de supervisão de forma efetiva em relação às Organizações Sociais (**Acórdão 3239/2013-TCU-Plenário, TC 018.739/2012-1**). Não obstante a contratação de tais entidades seja realizada no âmbito estadual e municipal, responsabilidade do gestor local, a competência deste Tribunal para fiscalizar esses ajustes funda-se na utilização de recursos federais para pagamento dos serviços de saúde prestados, conforme corroborado pelo STF no julgamento da ADI 1923.

15. Deve ser ressaltado que a fiscalização realizada pelo TCU não procurou entrar no mérito da constitucionalidade da terceirização, objeto da ADI 1.923 no Supremo Tribunal Federal, ainda não julgada à época, mas procurou analisar se os entes governamentais desempenham suas funções de forma a garantir que os serviços de saúde terceirizados para entidades privadas atendam aos requisitos do SUS e a minimizar os riscos de desvios de recursos públicos.

16. Foram fiscalizadas as Secretarias Estaduais de Saúde da Bahia, da Paraíba e de São Paulo, e as Secretarias de Saúde dos Municípios de Araucária, Curitiba, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo. Essas unidades da federação foram escolhidas a fim de proporcionar uma visão mais diversificada sobre como os gestores de saúde têm lidado com a terceirização.

17. A auditoria analisou o processo decisório acerca da terceirização, se foram realizados estudos que demonstrassem que a transferência do gerenciamento das unidades de saúde é a melhor opção e se há participação do controle social. Nenhum dos entes demonstrou a existência de tais estudos ou apresentou critérios técnicos e objetivos que comprovassem que a gestão terceirizada traria melhores resultados.

18. Esses estudos também seriam importantes para subsidiar o cálculo dos custos necessários para a execução do contrato e, por extensão, do valor que será transferido para as organizações sociais. A partir deles é que devem ser formuladas as metas e indicadores que irão subsidiar a avaliação dos resultados alcançados. Porém, verificou-se que muitos entes apenas utilizam séries históricas do próprio hospital terceirizado, sem considerar possíveis ganhos de eficiência ou as peculiaridades de um modelo de gestão significativamente diferente.

19. A qualificação e a seleção das organizações sociais devem ser realizadas a partir de critérios objetivos, buscando definir as entidades mais aptas a gerirem os serviços de saúde. Apesar de não ser exigida a realização de procedimento licitatório, faz-se necessário um chamamento público que promova a igualdade entre os postulantes e a transparência das decisões para a sociedade. Embora os entes fiscalizados realizem tal procedimento, observou-se que, em muitos casos, ele carece de objetividade, sendo qualificadas e selecionadas entidades a partir de critérios subjetivos. Em diversos chamamentos, identificou-se a participação de apenas uma organização social interessada, inclusive porque são poucas aquelas qualificadas pelo ente.

20. Outro ponto importante a ser considerado é a qualidade das metas e indicadores estabelecidos nos contratos de gestão, aspecto essencial para que os entes governamentais avaliem a atuação das organizações sociais. Contudo, em muitos casos os indicadores não possuem os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação, e em outros não são abrangidas todas as dimensões necessárias para permitir visão ampla acerca do desempenho.

21. Também foram identificadas certas irregularidades ao longo do trabalho, como a terceirização da regulação do acesso aos serviços de saúde no Estado de São Paulo, atividade exclusiva do poder público. Alguns entes, em lugar da celebração de contrato de gestão com organizações sociais, firmam contratos administrativos com empresas privadas para gerenciamento de unidades públicas de saúde, o que carece de fundamentação legal. Na Paraíba, parte dos recursos que deveriam ser aplicados nas ações e serviços de saúde foram desviados para financiamento do fundo estadual de apoio ao empreendedorismo.

22. O controle exercido por alguns entes também é falho, com equipes reduzidas e sem a qualificação necessária. As prestações de contas carecem de exame adequado, possibilitando, eventualmente, o desvio de recursos públicos, sendo que os resultados alcançados são verificados de forma superficial, inclusive devido às falhas nas metas e indicadores. Este controle poderia ser aprimorado, caso houvesse a participação ativa da sociedade, por meios dos conselhos de saúde, mas esses são ignorados em diversos entes fiscalizados.

23. Nos últimos anos, diversos estados e municípios transferiram o gerenciamento de hospitais, unidades básicas de saúde e centros de diagnósticos – incluindo a cessão de edifícios, mobiliário, equipamento e servidores públicos – a organizações sociais mediante a celebração de contratos de gestão.

24. Segundo dados do IBGE na publicação Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic), no ano de 2013, 21,8% dos municípios efetuavam contratação de serviço de saúde através de Organizações Sociais (OS). Os municípios das Regiões Sudeste (29,7%) e Sul (28,4%) foram os que mais realizaram esse tipo de contrato. Entre os 39 municípios com mais de 500.000 habitantes, 22 deles (56,4%) contrataram serviços por meio de Organizações Sociais.

25. No ano seguinte, de acordo com os dados da Munic 2014, cerca de 88% (4.924) dos municípios brasileiros informaram possuir estabelecimentos de saúde sob sua responsabilidade de gestão. Deste total, 10,6% (522) possuíam estabelecimentos, sob sua responsabilidade, administrados por terceiros. No que se refere ao total de estabelecimentos sob responsabilidade municipal, administrados por terceiros, de um total de 2.316 estabelecimentos, cerca de 43% eram administrados por organizações sociais (OS). Nas Regiões Norte, Nordeste, Sul e Centro-Oeste, as participações das organizações sociais eram mais baixas – respectivamente, 5,1%, 8,7%, 19,0% e 12,5%. Em contrapartida, na Região Sudeste, as organizações sociais eram responsáveis por cerca de 67,0% dos estabelecimentos administrados por terceiros.

26. Entretanto, muitos entes não se prepararam adequadamente para assumir as novas atribuições, realizando as transferências dos serviços de saúde sem ter as condições necessárias para supervisão adequada dos contratos de gestão.

27. O que se constatou na auditoria foi a necessidade de mudança na forma de atuação da administração pública, que deixa o papel de principal executora para se concentrar nas funções de planejamento, desenho da política, regulação, controle e avaliação. Caso os estados e municípios transfiram o gerenciamento das unidades públicas de saúde para entidades privadas sem estarem devidamente preparados para supervisionar a execução dos contratos de gestão, há graves riscos de que a população não só veja uma piora na qualidade dos serviços, como também recursos públicos sejam desviados e desperdiçados.

28. As determinações e recomendações exaradas pelo TCU por meio do Acórdão 3.239/2013-TCU-Plenário buscam aprimorar a atuação da administração pública no processo de contratação de organizações sociais, por meio da utilização de critérios técnicos e objetivos ao longo das diferentes etapas, além de buscar ampliar a participação do controle social no processo, tanto no planejamento quanto na fiscalização das contratações. Entre as determinações, destaca-se a

necessidade de elaboração, pelo Ministério da Saúde, de normativo para regulamentar a participação de organizações sociais no SUS, compreendendo, em especial, a transferência de gerenciamento de unidades públicas de saúde para organizações sociais. Além disso, a necessidade de orientação, pelo Ministério, aos gestores federais, estaduais e municipais acerca dos entendimentos da Corte de Contas no sentido de que é responsabilidade do Poder Público garantir que os serviços terceirizados, ou publicizados, sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados e sempre com a realização de estudo prévio detalhado que fundamente que a transferência do gerenciamento dos serviços de saúde a organizações sociais mostra-se a melhor opção.

29. Em adição, o Tribunal se manifestou pela necessidade de que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais ocorra por meio de processo objetivo, com critérios de concessão ou recusa do título demonstrados nos autos do processo administrativo e que sua escolha, sempre que possível, se dê por meio de chamamento público.

30. Ressalta-se, ainda, entendimento do TCU no sentido de que os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, ratificando a importância do controle social. A par disso, os contratos de gestão devem prever metas e indicadores de qualidade e produtividade, com atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, sendo que a avaliação dos resultados atingidos no contrato de gestão deve ser feita por comissão formada por especialistas da área correspondente.

31. Posteriormente, em 2014, o TCU realizou outra auditoria sobre a matéria (**Acórdão 352/2016-TCU-Plenário, TC 017.783/2014-3**), dessa vez com o objetivo de avaliar a regularidade da contratação de profissionais de saúde por prefeituras municipais, por meios distintos do concurso público. Foram auditados onze municípios nos estados da Bahia, Maranhão, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. O volume de recursos fiscalizados somou mais de R\$ 160 milhões.

32. Um dos grandes obstáculos no SUS está relacionado à carência e à contratação de profissionais. No caso de médicos, enfrenta-se grave carência, principalmente em locais mais afastados dos centros urbanos.

33. Outro ponto a ser aventado é o limite com gastos de pessoal impostos pela LRF, conforme será apontado posteriormente.

34. Diante disso, muitos gestores públicos, não importa a esfera administrativa – federal, estadual ou municipal –, têm adotado modelos de contratação muitas vezes sem suporte legal. A auditoria do TCU identificou contratações de profissionais de saúde por meio de Organizações Sociais; Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs); convênios; contratos administrativos com empresas privadas de serviços médicos com ou sem fins lucrativos; contratos administrativos com pessoa física; e credenciamento de pessoa física e jurídica.

35. Observou-se que, na ausência de legislação que regule o tema e defina parâmetros a serem seguidos, muitos desses ajustes apresentam problemas graves no que se refere à concepção, execução e controle, a exemplo de:

- a) ausência de estudos que demonstrem as vantagens da terceirização;
- b) não comprovação de que a entidade possui capacidade técnica e operacional para executar os serviços;
- c) processos licitatórios ausentes ou com indícios de direcionamento;
- d) pagamento sem comprovação de que os serviços tenham sido executados ou de despesas operacionais não previstas e voltadas para o custeio da própria entidade;
- e) controle deficiente da carga horária dos médicos;
- f) médicos contratados via terceirização que fazem parte do quadro de pessoal do município ou de municípios vizinhos.

36. Com as constatações da auditoria, concluiu-se pela necessidade de utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde, adequados às diferentes necessidades dos serviços. No entanto, essa maior flexibilidade deve ser acompanhada da devida regulamentação que defina parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais na formalização, execução e controle dos ajustes firmados, regulamentação esta que compete ao Ministério da Saúde.

37. Por meio do Acórdão 352/2016-TCU-Plenário, ficou determinado ao Ministério da Saúde que orientasse todos os entes federativos a observarem as seguintes diretrizes na celebração de ajustes com entidades privadas visando a prestação de serviços de saúde:

‘9.1.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

9.1.3. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.1.4. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.1.5. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscip ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.’

A contabilização dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na LRF

38. Muitos entes governamentais não conseguem manter ou expandir os serviços de saúde sob a justificativa de que se encontram no limite ou até acima do percentual de gastos da receita corrente líquida com pessoal permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Conforme o artigo 19 do referido normativo, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, sendo 50% para União e 60 % para Estados e Municípios.

39. Como exemplo, estudo divulgado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco mostra que a maioria dos municípios daquele Estado apresentou despesas com pessoal no exercício de 2015 acima do “limite” previsto pela LRF: dos 184 municípios do Estado, 168 estão acima do limite “alerta” estabelecido pela lei, sendo que 126 prefeituras (68% do total) extrapolaram o limite de gastos com a folha, 42 municípios (23%) tiveram despesa com pessoal entre o limite alerta e o limite máximo (faixa entre 48,60% e 54% da Receita Corrente Líquida), e apenas 14 municípios (8% do total) conseguiram cumprir a LRF, comprometendo com o pagamento da folha um percentual da receita abaixo do limite alerta (<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/141-2016/abril/2265-levantamento-do-tce-mostra-que-prefeituras-descumprem-lei-de-responsabilidade-fiscal>).

40. Em relação à forma de contabilização dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 – LRF, ainda não há jurisprudência desta Corte de Contas sobre a matéria.

41. No âmbito do Distrito Federal, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), por meio da Decisão 2.753/2015, concluiu que a terceirização de serviços envolvendo o componente mão de obra que caracterize substituição de servidor e empregado público deve ser contabilizada como Outras Despesas de Pessoal e computada no limite de despesas com pessoal do Poder ou órgão contratante, inclusive no tocante aos contratos de gestão. Essa contabilização deve seguir os termos do § 1º do art. 18 da LRF.

42. Na mesma linha, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, ao responder consulta formulado pelo Prefeito do Município de Mirassol D'Oeste, entendeu que considera como despesa de pessoal as despesas com mão de obra das empresas terceirizadas nas atividades de saúde como forma complementar aos serviços públicos, sujeitas, portanto às implicações do art. 18 da LRF (Decisão 13/12/2006).

43. Em entendimento divergente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao responder à consulta do Prefeito do Município de Patrocínio Paulista sobre a possibilidade de a Administração Pública firmar vínculo de cooperação com organizações não governamentais, com organizações sociais de sociedade civil de caráter público e com associações para a operacionalização do PSF e do PACS, bem como da contabilização de seus gastos, decidiu no seguinte sentido: a) é possível a contratação das organizações para a operacionalização do programa de agentes comunitários de saúde, desde que precedida de lei municipal dispendo sobre a matéria e que sejam observados os respectivos procedimentos de seleção das entidades interessadas em celebrar contratos de gestão, termos de parceria e convênios ou contratos com a prefeitura local; b) pode-se afirmar que os gastos decorrentes dos mencionados ajustes não se enquadram nos limites estabelecidos pelo artigo 19 da LRF.

44. Ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, a LRF constitui um dos mais relevantes marcos para o equilíbrio das contas públicas. Com a sua edição, buscou-se a responsabilidade fiscal, exigindo-se planejamento, controle e transparência na gestão dos gastos públicos de forma a possibilitar a expansão da capacidade de implementação de políticas públicas de forma perene sem desequilíbrio orçamentário ou financeiro.

45. Segundo o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

‘Art. 18 Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.

46. A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (Lei 13.242/2015) tenta esclarecer em seu artigo 105 que, para apuração da despesa com pessoal prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei 8.745/1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

47. Assim, esses serviços que caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos devem ser incluídos no cálculo do limite da LRF, independentemente da avaliação jurídica sobre a legalidade ou não da contratação. Segundo as limitações impostas pela LRF e pela LDO, nem sempre será possível o estabelecimento de um vínculo de emprego, seja pelo regime estatutário,

seja pelo celetista para suprir carências de pessoal na área da saúde. Adicionalmente, segundo a jurisprudência de algumas Cortes de Contas, os pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais também devem ser contabilizados nos limites de gastos de pessoal previstos.

48. Diante da divergência dos entendimentos das diversas Cortes de Contas no País sobre esse cômputo dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na LRF, certo é que tudo deve estar regrado de acordo com a atividade financeira estatal, gênero no qual se inserem as ações de arrecadação ou tributação, a elaboração do orçamento e a despesa ou gasto público. Não se pode olvidar que, independente da forma, o que se busca é a manutenção dos serviços a serem prestados à população com a respectiva saúde econômica e financeira do Estado.

49. A despeito da inequívoca necessidade de se proverem ações e serviços de saúde, lançar mão de alternativas contratuais com a intenção de esquivar-se dos limites impostos pela LRF pode se mostrar uma medida de elevado risco fiscal. Os serviços de saúde requerem, de forma inarredável, a contratação de pessoas, e considerando a demanda em geral crescente por esses serviços não há expectativa de redução desses gastos. Logo, manter um gasto fixo de pessoal à margem do limite imposto pela lei, embora possa socorrer o administrador público abrindo-lhe a possibilidade de novas contratações, gera potencialmente um elevado risco de desequilíbrio fiscal.

50. Nesse contexto, convém indicar que existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam à ampliação do limite de pessoal, entre os quais:

50.1. Projeto de Lei Complementar (PLP) 251/2005, de autoria do deputado Roberto Gouveia (PT/SP), inclui parágrafos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000, para aumentar o gasto com pessoal na área de saúde para até 75% (setenta e cinco por cento) dos recursos financeiros destinados à saúde.

50.2. PLP 264/2005 (apensado ao PLP 251/2005), de autoria da deputada Jandira Feghali (PCdoB/RJ), dispõe sobre as despesas de pessoal de servidores de estados e municípios vinculados a ações e serviços públicos de saúde para excluir do cálculo da receita corrente líquida as despesas com pessoal da saúde que são custeados por transferências do SUS. Altera a Lei Complementar nº 101, de 2000.

50.3. PLP 515/2009 (apensado ao PLP 251/2005), de autoria do ex-Deputado Mário Negromonte (PP/BA), altera o § 1º do art. 19 da Lei Complementar 101/2000, e inclui as despesas com pessoal dos programas fins de educação e saúde municipais nas despesas não computadas para o cálculo de percentuais máximos de gastos públicos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

50.4. PLP 393/2014 (apensado ao PLP 515/2009), de autoria do ex-Deputado Rogério Carvalho (PT/SE), altera a Lei Complementar 101/2000, para excluir do limite de despesas de pessoal os recursos destinados às ações e serviços de saúde e de educação.

50.5. PLP 57/2015 (apensado ao PLP 515/2009), de autoria do Deputado Elizeu Dionizio (SD/MS), exclui das despesas de pessoal dos Municípios, para efeito do limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, as relativas às áreas de educação e saúde, dos recursos provenientes dos repasses da União.

50.6. PLP 17/2015, de autoria do Deputado Ronaldo Carletto (PP/BA), altera a Lei Complementar 101/2000, para proibir a limitação de empenho de dotações orçamentárias destinadas aos programas sociais.

51. Não obstante o acima esposado, cabe ressaltar que, neste Tribunal, a Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) é a unidade técnica especializada pela fiscalização da responsabilidade fiscal, conforme Resolução-TCU 266/2014. Dessa forma, entende-se pertinente o seu pronunciamento sobre essa questão, motivo pelo qual será proposto o encaminhamento dos autos para sua atuação.

Conclusão

52. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923, é válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público.

53. Caso os estados e municípios decidam transferir o gerenciamento das unidades públicas de saúde para entidades privadas, por meio da contratação de organizações sociais, deve ser realizado estudo prévio detalhado que fundamente que a transferência do gerenciamento dos serviços de saúde a organizações sociais mostra-se a melhor opção, bem como devem ser utilizados os devidos critérios técnicos e objetivos ao longo das diferentes etapas, além de buscar ampliar a participação do controle social no processo, tanto no planejamento quanto na fiscalização das contratações, conforme Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário desta Corte de Contas.

54. A Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) é a unidade técnica especializada do TCU que detém a competência para concluir sobre a contabilização dos pagamentos em contratos de gestão celebrados com organizações sociais na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na LRF.

Proposta de encaminhamento

55. Ante o exposto, com fundamento no art. 14, incisos I e IV, da Resolução-TCU 215/2008, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

a) Conhecer da presente solicitação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU;

b) Encaminhar os presentes autos ao Exmo. Ministro Relator Bruno Dantas para que verifique a pertinência do pronunciamento da Secretaria de Macroavaliação e Gestão Governamental (Semag), como unidade técnica especializada, acerca da forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento com contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar n. 101/2000 – LRF;

c) Informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em resposta ao Requerimento 26/2016-CAS, da Senadora Lídice da Mata, que:

1. Diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923, é válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público;

2. A contratação de organizações sociais deve ser precedida de estudo prévio detalhado que fundamente que a transferência do gerenciamento dos serviços de saúde a organizações sociais mostra-se a melhor opção, bem como devem ser utilizados os devidos critérios técnicos e objetivos ao longo das diferentes etapas, além de buscar ampliar a participação do controle social no processo, tanto no planejamento quanto na fiscalização das contratações, conforme Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário do TCU.

d) Encaminhar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal cópias dos Acórdãos 3239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal, acompanhados dos respectivos relatório e voto;

e) Encaminhar à referida Comissão cópia da deliberação que vier a ser adotada, bem como do relatório e voto que a fundamentarem.

f) Declarar integralmente atendida a presente solicitação, com o arquivamento do processo, nos termos do art. 14, inciso IV da Resolução-TCU 215/2008.”

É o relatório.

VOTO

Em exame, Solicitação do Congresso Nacional (SCN) consubstanciada no Requerimento 26/2016 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS), encaminhado pelo Presidente do Senado Federal, no qual se solicita “a manifestação do egrégio Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, especialmente, a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (LRF)” (peça 1, p. 2).

2. A CAS justifica o pedido no fato de que, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.923 e a possibilidade de destinação de recursos públicos federais para o financiamento de contratos de gestão com organizações sociais na saúde, torna-se imprescindível que o Congresso Nacional disponha de elementos para conhecer e deliberar sobre a matéria e que esta Corte de Contas o auxilie em tal mister.

3. Destaca que decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal acenou no sentido de ser necessária a inclusão dos gastos com força de trabalho dessas entidades privadas entre as despesas de pessoal para fim de cálculo dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, ao passo que Tribunais de Contas de outros Estados, a exemplo de São Paulo, vêm interpretando a matéria de forma divergente.

II

4. Os autos foram instruídos pela Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), a qual propôs, em linhas gerais, conhecer da solicitação, com fulcro no art. 38, II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 232, III, do Regimento Interno do TCU, e informar à CAS que, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público.

5. No que se refere ao segundo questionamento contido na solicitação, referente à forma de contabilização dos pagamentos realizados a organizações sociais, a SecexSaúde, após tecer algumas considerações, sugere o envio dos autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental deste Tribunal (Semag), incumbida da fiscalização da responsabilidade fiscal, de acordo com o art. 46, XII, da Resolução - TCU 266/2014.

III

6. Anuo, na essência, à proposta formulada pela SecexSaúde, cujos fundamentos integro às minhas razões de decidir, sem óbice dos comentários que passo a tecer.

7. Preliminarmente, no que tange à admissibilidade da solicitação, embora o pedido formulado pela CAS não se refira a informações sobre processos específicos, existem julgados desta Corte sobre o assunto, conforme demonstrado no relatório desta deliberação. Assim, impõe-se que o processo seja conhecido, nos termos do art. 38, II, da Lei 8.443/1992, para prestar informações ao Congresso Nacional sobre o que vem decidindo esta Casa e auxiliá-lo na compreensão do tema, atendendo dessa forma ao almejado na peça exordial.

IV

8. A primeira questão levantada no Requerimento 26/2016 - CAS alude à possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde.

9. Antes de adentrar no cerne da demanda, mostra-se oportuno contextualizar a problemática que envolve a prestação de serviços públicos por organizações sociais.

10. As organizações sociais surgiram, no Brasil, no final da década de 90, com a chamada “reforma do Estado”. O intuito era desburocratizar o Estado, transferindo para a iniciativa privada certas atividades exercidas pelo Poder Público, a fim de tornar a prestação de serviços públicos mais eficiente e eficaz.
11. Na concepção do modelo, o Poder Público formaria parcerias com determinadas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com o objetivo de fomentar e executar atividades de interesse mútuo.
12. A sistemática foi instituída por meio da Lei 9.637/1998, 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 sócias, e dá outras providências”.
13. Consoante o art. 1º do referido diploma legal, “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”.
14. Do dispositivo, extrai-se que “organização social” é um título concedido pelo Poder Público a algumas pessoas jurídicas de direito privado que atendam a determinados requisitos. A concessão desse título viabiliza a formação de parceria, na qual o Poder Público auxiliará a pessoa jurídica na execução de atividades que são de interesse recíproco, por meio da transferência de recursos e bens públicos e da cessão de servidores.
15. De acordo com o art. 5º da Lei 9.637/1998, o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação da mencionada parceria. Nesse contrato, devem ser discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, bem como estipuladas metas e critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de qualidade e produtividade, entre outros pontos (art. 6º e 7º da Lei).
16. Verifica-se que o modelo, em si, não representa um mal à prestação de serviços públicos, uma vez que o Estado se desincumbe de determinadas atividades, mas controla a qualidade e a eficiência de sua execução por meio da fixação de metas e obrigações e da fiscalização do seu cumprimento.
17. Ocorre que, na prática, o modelo, por vezes, vem sendo usado de forma incorreta ou ilegal. Há casos em que os títulos de organização social são concedidos a pessoas jurídicas que não detêm os requisitos legais para qualificação, ou de organizações sociais contratadas sem a devida estipulação de metas e critérios de avaliação, que prestam serviços de baixa qualidade, ou de entidades que são criadas com o fim específico de desviar recursos públicos federais, entre outras irregularidades.
18. É preciso, no entanto, não confundir a utilização incorreta do modelo com sua inconstitucionalidade.
19. Como bem afirmado pela SecexSaúde, o STF já se posicionou sobre a constitucionalidade da Lei 9.637/1998, na ADI 1923, dando-lhe interpretação conforme a Constituição, nos termos descritos no relatório que antecede este voto. Consequentemente, a Corte Constitucional ratificou a possibilidade de contratação pelo Poder Público de organizações sociais, por meio de contrato de gestão, para a prestação de serviços públicos de saúde.
20. Naquela ação, ficaram assentes, dentre outros, os seguintes entendimentos:
 - “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 prevalecentes 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 excluyente.

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 dos 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 no art. 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, arts. 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 restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”

V

21. Nesta Corte de Contas, as fiscalizações que envolvem a matéria nunca questionaram a constitucionalidade da contratação de organizações sociais para a prestação de serviços de saúde. Ao contrário, partem do pressuposto de que tais contratações se apresentam validamente instituídas pela Lei 9.637/1998 e são uma realidade corriqueiramente posta.

22. A atuação do TCU, portanto, vem sendo no sentido de coibir o uso inadequado ou ilegal do modelo. Ressalte-se que esta Corte já se manifestou, no Acórdão 3.239/2013, cujos termos reiteramos, no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais. No entanto, a superveniência da manifestação do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1923, traz a necessidade de se esclarecerem alguns pontos tratados na manifestação desta Corte de Contas.

23. Primeiramente, cumpre salientar que o STF deixou claro que os contratos de gestão com organizações sociais têm natureza de convênio, dada a harmonia de objetivos do Estado e da entidade conveniada. Portanto, não há falar em terceirização de serviços nessas parcerias. Há terceirização quando o Estado contrata serviços diretamente da iniciativa privada, que os presta em nome próprio, mediante remuneração prevista em contrato, realizado mediante licitação, dispensa ou por inexigibilidade do procedimento licitatório, permitido o fim lucrativo, conforme preceitua a legislação e permite a Constituição. Nos contratos de gestão, a unidade continua pública, com todo seu patrimônio afeto ao serviço público ao qual é destinada, e os recursos ali aplicados vêm do orçamento do ente estatal. Somente o gerenciamento é feito em parceria com uma entidade privada sem fins lucrativos, o que, embora permita a aplicação de normas de direito privado em sua atuação, não desloca a natureza da unidade para a iniciativa privada nem retira a competência dos órgãos de controle.

24. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, repudiando o engessamento e a cristalização de modelos de pré-concebidos de Estado, vincula a opção por adotar o sistema de administração direta ou de parcerias com entidades sem fins lucrativos às “maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista”, de forma que “possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva”.

25. Portanto, se por um lado é necessário fundamentar a opção pela adoção do modelo de parcerias com organizações sociais, por outro é preciso também ter presente que a autonomia do gestor e o livre exercício da opção política do governo democraticamente eleito, nos limites da lei, devem ser levados em consideração no exame pelo órgão de controle. A experiência de outras unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos também podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado.

26. Entendo ser de todo recomendável, especialmente em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à sua disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos dos cidadãos.

VI

27. Por fim, no que tange à controvérsia sobre a contabilização dos gastos com organizações sociais prestadoras de serviços públicos para fim de verificação do cumprimento dos limites de despesas com pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, mostra-se prudente, conforme sugerido pela SecexSaúde, que a matéria seja examinada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental desta Corte, unidade especializada na fiscalização da responsabilidade fiscal.

28. Nada obsta, diante da urgência que deve ser dada aos processos de solicitação do Congresso Nacional, que já se prestem ao Congresso Nacional, de imediato, as informações ora carreadas, remetendo posteriormente as conclusões advindas da análise da Semag.

29. Ante o exposto, Voto no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de agosto de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2057/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 023.410/2016-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: II - Solicitação do Congresso Nacional
3. Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) e Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional encaminhada pelo Presidente do Senado Federal, em razão do Requerimento 26/2016 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS), no qual é solicitado que este Tribunal se manifeste acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, especialmente, sobre a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. conhecer da presente solicitação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 232, incisos I e III, do Regimento Interno/TCU;

9.2. informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em referência ao Requerimento 26/2016, objeto do Ofício 1.016 (SF), de 3/8/2016, que:

9.2.1. o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.923, ratificou a constitucionalidade da contratação pelo Poder Público, por meio de contrato de gestão, de organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde;

9.2.2. as fiscalizações realizadas por este Tribunal sobre o assunto nunca questionaram a constitucionalidade de tais contratações e partem do pressuposto de que elas se apresentam validamente instituídas pela Lei 9.637/1998 e são uma realidade corriqueiramente posta;

9.2.3. a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal) é no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais, com as seguintes orientações sobre a matéria:

9.2.3.1. apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados;

9.2.3.2. do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão;

9.2.3.3. a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios

objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;

9.2.3.4. as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;

9.2.3.5. não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão, entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade;

9.2.3.6. os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990;

9.2.3.7. os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o art. 7º, I, da Lei 9.637/1998;

9.2.3.8. os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social;

9.2.3.9. a comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no art. 8º, §2º, da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente;

9.2.3.10. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.2.3.11. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.2.3.12. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com organizações da sociedade civil de interesse público ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos;

9.2.3.13. deve ser promovido, no âmbito das unidades federativas, o fortalecimento dos órgãos de controle e de gestão de modo a se permitir o acompanhamento efetivo dos contratos de gestão;

9.3. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente do Senado Federal e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, enviando-lhes, adicionalmente, cópia dos Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal, acompanhados dos respectivos relatório e voto;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, ao Ministério da Saúde, À Secretaria de Saúde do Governo do Distrito Federal, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e à Procuradoria da República no Distrito Federal;

9.5. remeter os presentes autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental, após a realização das comunicações acima, para o exame da matéria concernente à forma de contabilização dos pagamentos dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, para fins de verificação dos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000, com a urgência que o caso requer para que sejam cumpridos os prazos da Resolução-TCU 215/2008;

9.6. declarar parcialmente atendida a solicitação.

10. Ata nº 31/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 10/8/2016 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2057-31/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral