

ARTIGO

A TERCEIROSSETORIZAÇÃO E OS CONTORNOS PARA A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ÁREA DA SAÚDE SEGUNDO A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THIRD-SECTORIZATION AND CONTOURS FOR THE ACTION OF SOCIAL ORGANIZATIONS IN THE HEALTH AREA ACCORDING TO THE ORIENTATION OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Rafael Morais Gonçalves Ayres¹

Graduação em Administração Pública – IFPR

MBA em Gestão Pública - FAE

Coordenador-Geral de fiscalização - TCEPR

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a interação entre o Estado e a Sociedade Civil Organizada na produção de serviços públicos destinados à satisfação de direitos sociais, desde logo apresentada como caminho natural para a consecução de políticas públicas complexas sem que isso represente o crescimento desmensurado da máquina estatal. Verificam-se riscos quanto ao desvirtuamento dessas relações, a partir do panorama da terceirização indevida de serviços públicos por meio de entidades privadas sem fins lucrativos (Terceirossetorização) no âmbito do Estado do Paraná. Há a constitucionalidade do modelo de Organizações Sociais como forma de execução indireta, viabilizando-se a gestão de unidades de saúde públicas por particulares, desde que baseada na lógica de colaboração/participação. É necessária a conformação do Contrato de Gestão em face do princípio da complementariedade na participação da iniciativa privada nas ações do Sistema Único de Saúde. O ganho de desempenho e de produtividade, em benefício do usuário do serviço público, configura-se como requisito inafastável para haver legitimidade na delegação da coisa pública ao particular.

PALAVRAS-CHAVE

Terceirossetorização. Terceiro Setor. Contrato de Gestão. Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCEPR. ADI 1923.

¹ Contato: rafayres@gmail.com

ABSTRACT

This is a study on the interaction between the State and Organized Civil Society in the production of public services for the fulfillment of social rights, early presented as a natural path for the achievement of complex public policies without this representing the unmeasured growth of the state-owned machine. There are risks regarding the distortion of these relations, from the perspective of improper outsourcing of public services by private non-profit entities (Terceirização in portuguese) within the scope of the State of Paraná. There is the constitutionality of the Social Organizations model as a form of indirect execution, enabling the management of public health units by private, provided that it is based on the logic of collaboration/participation. Conformation of the Management Contract is necessary in view of the principle of complementarity in the participation of the private initiative in the actions of the Unified Health System. The performance and productivity gains, for the benefit of the public service user, it is configured as an unavoidable requirement for there to be legitimacy in the delegation of the public to the private.

KEYWORDS

Terceirização. Third sector. Management Contract. Paraná State Audit Court - TCEPR. ADI 1923.

1 INTRODUÇÃO

A ampliação dos direitos fundamentais do ser humano passou a exigir prestações estatais cada vez mais complexas e dispendiosas, provocando um crescimento inevitável do Estado. A prestação de parcela desses serviços pela iniciativa privada é condição *sine qua non* para se viabilizar a fruição equânime de bens primordiais à vida humana, numa escalada visando à plenitude de direitos que não admite retrocessos.

O Terceiro Setor há muito assumiu uma parcela desse encargo social, desempenhando papel histórico da mais alta relevância em todo o globo. Considerando as suas características em comum com o Estado, é natural que os caminhos se cruzem, fazendo nascer uma verdadeira obrigação de apoio governamental a essas entidades, cujos benefícios alcançam tanto os destinatários dos serviços públicos quanto o próprio agente público fomentador, que usualmente não tem o mesmo *know-how* e a capilaridade dessas instituições.

Não obstante a reconhecida relevância da atuação da Sociedade Civil Organizada ao lado do Estado, a problemática a ser enfrentada no presente estudo reside na tergiversação dessa relação de colaboração, fenômeno ora intitulado de Terceirização, que corresponde à terceirização indevida de serviços públicos por meio de entidade privada sem fins lucrativos.

E para discorrer sobre a terceirização indevida de serviços públicos na área de saúde é preciso trabalhar, ainda que de forma superficial, a ideia do Estado como titular dessas obrigações. Ou seja, como agente da consecução de garantias que requerem prestações materiais, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Na formação dos Estados², tais quais hoje os percebemos, combatia-se a ideia do absolutismo, da ausência de proteção das pessoas perante os titulares do poder, constantemente utilizado de forma arbitrária e sem qualquer controle.

A função estatal concentrava-se na manutenção da ordem social, por meio do provimento de leis e de suas execuções, pela resolução de litígios e pelo uso do poder coercitivo, de forma a concretizar as garantias individuais dos componentes da sociedade.

Assegurado esse espectro de premissas essenciais pelo Estado, ao ser humano restava enfrentar uma árdua luta em busca de seu mínimo existencial. Alimentação, moradia, vestuário e alguns artigos de luxo como saúde, educação, transporte e cultura eram oferecidos, via de regra, por prestadores particulares, os quais agiam com a intenção de obter lucro.

A propagação do liberalismo criou o ambiente propício para o desenvolvimento da atividade empresarial, ampliando a geração de riquezas e a oferta de bens de consumo, sem que isso fosse acompanhado de melhoria significativa nas condições de vida da maioria da população.

Nesse sentido, constata-se que primeiro houve o reconhecimento dos direitos civis (século XVIII), para depois serem conquistados os direitos políticos (século XIX) e, posteriormente, exigidos os direitos sociais (século XX) (CORREIA, 2014, p. 37)³.

A partir do início do século XX, portanto, os direitos fundamentais de segunda geração começam a irradiar nas constituições, servindo como referenciais a avançada carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

No Brasil, os primeiros reflexos foram sentidos na constituição de 1934, a qual elencava a existência digna e o direito ao trabalho como forma de provimento à subsistência, em forma de normas programáticas (PAULO; ALEXANDRINO, 2015). Em que pese o seu curto período de vigência, de pouco mais de 3 (três) anos, a carta de 1934 foi a primeira a tratar da saúde como competência do Estado⁴.

Entretanto, foi no texto da atual constituição (1988) em que se tratou dos direitos e garantias fundamentais em título específico (título II), sendo que seu dispositivo que trata exclusivamente dos direitos sociais, o art. 6º, segundo Sarlet (2013), representa

2 Séculos XVII e XVIII.

3 Ressaltando que as considerações do autor se referem à análise histórica da conjuntura no Reino Unido. O autor destaca na sequência que "O Varguismo assegurou direitos sociais, como a CLT e a ampliação da previdência social. Mas isso ocorreu num contexto de pouca participação política democrática, fato evidenciado pelo amplo controle estatal sobre a atividade sindical".

4 O seu art. 10, II, assim prescrevia "Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas;

uma inovação no constitucionalismo nacional. O mencionado autor examina que as constituições anteriores trataram de alguns direitos e de forma esparsa (SARLET, 2013), com a sua graduação variando ao longo do século XX.

Dito isso, deve-se reconhecer que a execução de prestações materiais necessárias à efetivação de direitos como saúde e educação, por exemplo, implicaria, naturalmente, na expansão considerável do Estado e também no desafio (ainda em andamento!) de enfrentar problemas complexos.

A gestão da coisa pública deve observar a vontade da sociedade, expressa por meio de leis, mas está circunscrita a uma área delimitada por princípios ainda mais fortes que elas, eis que tem nascedouro constitucional. Tais princípios representam não só eventual vontade momentânea dessa sociedade, mas sim um conjunto atemporal de valores que correspondem ao esforço histórico e apontam para o futuro que se almeja.

O percurso para obtenção de uma ação estatal legítima é longo e sinuoso. Ocorre que os destinatários dos serviços públicos em debate, de forma geral, não estão preocupados quanto aos aspectos (técnicos, burocráticos e de ordem legal) que o antecederam, mas sim com a sua efetiva prestação. Ou seja, é o aparato político-jurídico que, eventualmente, deverá ser atualizado para que Estado cumpra o seu atual desiderato.

A ineficiência e a própria inviabilidade do Estado operar em determinadas áreas implicam em um novo dilema, no qual a realização de parcerias público-privadas⁵ e o fomento a determinadas atividades se apresentam como alternativa à tensão existente entre a ideia de Estado mínimo e a realidade do Estado inoperante.

2 DA PUBLICIZAÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO

Em novembro de 1995, durante a gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi publicado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, baseado nas ideias do então Ministro da Administração e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira.

Dada a amplitude do PDRAE, não importa para os fins deste artigo o seu estudo detalhado, mas sim a confirmação, nele constante, quanto a crescente e insustentável demanda pela fruição de direitos sociais *versus* a incapacidade do Estado em prover com efetividade tais prestações, propondo-se como alternativa a publicização.

A publicização seria a forma pela qual o Estado transferiria “ao setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle”. Buscava-se a diminuição das atribuições de execução

5 Em sentido amplo, da interação do setor público com o privado, e não a espécie de concessão prevista na Lei n. 11.079/04.

direta pelo Estado, expandido a sua atuação como regulador e como fomentador de políticas públicas, tendo como prisma a eficiência.

Desses princípios norteadores originaram-se a Lei n. 9.637 de 1998 e a Lei n. 9.790 de 1999, respectivamente os diplomas que instituíram o regime das Organizações Sociais – OS no âmbito federal e a qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Tais diplomas promoveram uma expansão do fluxo de recursos públicos ao Terceiro Setor, de modo que, sem embargos quanto a assertividade das premissas adotadas à época, esta política governamental aguçou o senso de oportunidade de indivíduos que passaram a enxergar no terceiro setor uma grande oportunidade de obter lucro. Nesse sentido, compreende-se que a tergiversação das entidades do terceiro setor nos idos dos anos 2000 pode ser visto como um efeito colateral da política de publicização levada a cabo no final nos anos de 1990.

Antes de se abordar o fenômeno da Terceirossetorização propriamente dito, é preciso registrar que a discussão ora proposta não flerta com qualquer posição ideológica ligada à terceirização de serviços públicos. Pelo contrário, cabe salientar que a terceirização na Administração Pública, por si só, não apresenta qualquer ilicitude, sendo inclusive desejável⁶. Para tanto, a sua consecução deve observar os limites e critérios legais, sendo, inclusive, precedida de licitação ou da sua regular dispensa/inexigibilidade.

A visão ora defendida sobre o desvirtuamento nas relações entre o Estado e o Terceiro Setor é calcada, predominantemente, nos resultados obtidos pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCEPR em suas fiscalizações perante os municípios paranaenses.

Nos idos de 2007/2008, em decorrência de regulamentação quanto às prestações de contas dos recursos repassados pelo municípios para entidades sem fins lucrativos, por meio de transferências voluntárias, os processos apreciados pelo TCEPR apontam que, na maior parte das vezes, as verbas públicas eram historicamente destinadas à determinada instituição – uma APAE, PROVOPAR ou APMI, por exemplo – por meio de “subvenção social”, carecendo muitas vezes até mesmo de um instrumento formal de repasse e, por via de consequência, de prestação de contas sobre a sua utilização e os resultados advindos da parceria.

Para além de tais impropriedades formais graves, a análise de uma leva inicial de processos pelo TCEPR revelou que uma série de municípios se utilizava de entidades privadas sem fins lucrativos para dar cabo às suas próprias demandas administrativas, como a contratação de pessoal (sem concurso público, evidentemente) e a realização de aquisições (sem o devido procedimento licitatório).

Alguns casos se revelaram emblemáticos, motivando uma série de auditorias

6 O ponto de vista defendido é que serviços em geral devem ser alvo de execução indireta pela Administração Pública, tendo como base o disposto no art. 37, caput (princípio da eficiência) e inciso XXI, do que depende a própria viabilidade do Estado, em consonância com os preceitos do Decreto Lei n. 200/67.

nos exercícios seguintes, ao ponto de configurarem verdadeiras subprefeituras, as quais manejavam significativa parcela do orçamento sem a incidência das regras do Direito Público.

Em auditoria realizada em 2009, o TCEPR verificou que o Município de Arapongas transferia, à época, cerca de 12% de seu orçamento para a Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APMI) de Arapongas (PARANÁ, 2020)⁷. O recurso, em regra, não era destinado à manutenção das atividades da entidade, mas sim para o pagamento de cerca de 400 funcionários⁸, os quais estavam lotados nas mais variadas áreas do Poder Executivo, além de servirem à aquisição de produtos sem a realização de licitação.

No caso citado como exemplo, a entidade privada estava instalada em uma pequena sala dentro de um prédio público (Centro Referência de Assistência Social – CRAS) e era presidida pela Primeira Dama do Município, que também ocupava o cargo de Secretária Municipal de Assistência Social. Ou seja, era ela quem executava as despesas em nome da entidade e fiscalizava, por parte do concedente, a correta aplicação dos recursos públicos pela APMI.

O valor repassado pelo município para a referida entidade foi de R\$ 61.165.159,39 entre os exercícios de 2005 e 2012, sendo que o valor atualizado alcançaria o montante de R\$ 115.451.328,99⁹. Ainda, caso fosse considerado para fins do cálculo do limite de despesas com pessoal fixado pela Lei Complementar n. 101/2000¹⁰, poderia implicar em irregularidade nas contas de governo, conforme demonstra a tabela abaixo.

TABELA 1 - CONTAS DE GOVERNO

Ano	Receita Corrente Líquida	Despesas com Pessoal	Repasse APMI	% em relação RCL	Índice sem APMI	Índice com APMI	Resultado com APMI
2005	R\$ 63.925.000,00	R\$ 25.186.000,00	R\$ 6.832.511,37	10,69%	39,40%	50,09%	normal
2006	R\$ 70.087.673,84	R\$ 29.341.286,44	R\$ 8.499.612,95	12,13%	41,86%	53,99%	acima prudencial
2007	R\$ 73.644.939,42	R\$ 31.193.149,23	R\$ 8.967.686,70	12,18%	42,36%	54,53%	acima máximo
2008	R\$ 84.987.278,16	R\$ 35.229.669,60	R\$ 9.923.849,48	11,68%	41,45%	53,13%	acima prudencial
2009	R\$ 89.965.836,70	R\$ 40.795.553,34	R\$ 11.023.183,06	12,25%	45,35%	57,60%	acima máximo
2010	R\$ 98.515.679,21	R\$ 47.874.439,98	R\$ 7.419.664,24	7,53%	48,60%	56,13%	acima máximo
2011	R\$ 128.954.028,56	R\$ 64.222.248,97	R\$ 5.423.587,59	4,21%	49,80%	54,01%	acima máximo
2012	R\$ 143.734.737,22	R\$ 72.963.498,39	R\$ 3.075.100,00	2,14%	50,76%	52,90%	acima prudencial
Totais	R\$ 753.815.173,11	R\$ 346.805.845,95	R\$ 61.165.195,39	8,11%			

Fonte: PARANÁ, 2020. Sistema de Informações Municipais – SIM/AM-TCEPR

7 Tomada de Contas n. 441200/09.

8 Alguns eram servidores públicos municipais e seus salários caracterizavam uma espécie de complementação remuneratória indevida.

9 Valor atualizado no site do TCEPR. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/calculo-de-atualizacao-monitaria/203/area/54>.

10 O limite de despesas com pessoal para o Poder Executivo Municipal é de 54% da Receita Corrente Líquida e o Limite Prudencial é de 51,3, vide arts. 19, III, 20, III, b, e 22, parágrafo único, da LRF.

Em diversos outros municípios a terceirização também ocorreu, em maior ou menor grau, sendo que um grande contingente recorreu à formalização de Termos de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's.

Aludida tergiversação não passou despercebida ao olhar do Dr. Enoque Ribeiro dos Santos, Procurador do Trabalho, que redigiu artigo sobre intermediação fraudulenta de mão de obra por meio de OSCIP (SANTOS, 2007):

[...] tais entidades do terceiro setor estão sendo criadas, sem qualquer outra função específica ou própria, mas tão-somente para intermediação de mão-de-obra à Administração Pública. Encontramos alguns casos em que as OSCIP, para gerar uma certa área de credibilidade, têm como objetivo social tratamento de ex-viciados, meninos de rua, idosos, portadores de deficiência, quando na realidade sua função nuclear é a intermediação de mão-de-obra para os órgãos públicos, servindo apenas de anteparo, já que apenas coloca-se na posição de empregadora, quando, na realidade, atende às ordens emanadas das autoridades públicas, essas sim as verdadeiras responsáveis portais contratações e indicações de servidores.

Ou seja, da posição de manifestação legítima da sociedade civil organizada, atuando em parceria com o Poder Público na consecução de interesse comum entre as partes, tais entidades passam a representar um apêndice da Administração Pública. Dessa simbiose nasce a designação Terceirossetorização, a qual alcança o seu auge no Estado do Paraná no exercício de 2010, com a atuação das OSCIP's.

3 OSCIP: UM NEGÓCIO BILIONÁRIO BANCADO PELO CONTRIBUINTE PARANAENSE

Das iniciativas fiscalizatórias empreendidas pelo TCEPR a partir do exercício de 2007 quanto a regular aplicação de recursos públicos recebidos por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, restaram instaurados 177 processos de contas, dos quais 124 já sofreram pelo menos um julgamento de mérito, o que representa 70% da amostra total¹¹.

Do total de contas julgadas, somente 1 (uma) foi considerada regular e as outras 123 foram julgadas irregulares, o que representa um índice de desaprovação de 99,19%, com a imposição de restituição de valores aos cofres públicos no montante de R\$ 213.570.520,28.

A única conta aprovada se refere ao Termo de Parceria firmado entre o Município de Curitiba e a OSCIP Aliança empreendedora, no valor de R\$ 12.833.058,34 repassados entre os exercícios de 2008 e 2012, tendo como objeto a operacionalização de parques de reciclagem de resíduos.

¹¹ Foram considerados os processos de contas instaurados a partir de 01/01/2007 com valor igual ou superior ao montante de R\$ 100.000,00, de acordo com a situação dos autos em 07/06/2020.

Dos 124 processos apreciados, 80 já se encontram com trânsito em julgado, não cabendo mais recurso na esfera do TCEPR, o que representa 64,52% e corresponde ao montante de R\$ 180.891,463,57¹² em títulos sendo executados¹³ pelos entes credores.

Os outros 44 processos ainda dependem da análise de recursos perante o TCEPR, sendo que, até o momento do levantamento, não havia sequer 1 (um) caso de provimento de recurso. Ou seja, a totalidade das decisões iniciais que desaprovaram as contas foi mantida em sede recursal perante o TCEPR.

Nesse sentido, após a apreciação das insurgências recursais o valor a ser executado deve aumentar em mais de 85 milhões de reais, montante que ainda será atualizado, isso sem contar os 53 procedimentos que ainda não sofreram o primeiro julgamento, sobre os quais ainda não é possível ter uma base segura sobre o dano perpetrado.

A amostra é significativa, mas o dano ao erário pode ter sido ainda maior. O valor repassado às 23 principais OSCIP's atuantes no Estado do Paraná¹⁴, entre os exercícios de 2002 a 2019 remonta ao total atualizado de R\$ 2.660.709.038,51, conforme tabela abaixo¹⁵.

TABELA 2 - VALOR REPASSADO ÀS OSCIP'S NO ESTADO DO PARANÁ

Exercício	Valor	Atualizado
2002	21.831.723,85	R\$ 60.674.611,18
2003	40.348.526,59	R\$ 101.941.253,85
2004	59.819.600,58	R\$ 136.113.688,30
2005	81.858.504,53	R\$ 175.306.544,00
2006	77.902.744,60	R\$ 159.458.080,50
2007	96.612.710,35	R\$ 193.912.008,40
2008	125.946.780,28	R\$ 242.029.784,30
2009	171.577.136,75	R\$ 307.691.589,40
2010	196.110.716,23	R\$ 337.077.091,40
2011	164.626.172,49	R\$ 268.125.409,00
2012	142.755.781,50	R\$ 223.332.223,00

12 O valor dos processos que se encontram com trânsito e julgado já foi atualizado com base nas certidões de débito emitidas nos autos e/ou no valor das causas de execução ajuizadas pelos credores.

13 Há notícias de execuções suspensas por decisões judiciais, notadamente liminares. Mas esse aspecto não foi considerado, eis que referidas intervenções do Poder Judiciário geralmente se fundamentam em questões ligadas ao devido processo legal, enquanto o presente estudo se preocupa com o mérito das contas, ou seja, com a regular aplicação dos recursos pelas OSCIP's.

14 Esse critério abrange praticamente 100% dos valores repassados, mas excluiu àqueles que possam ter sido repassados para OSCIP's que jamais tiveram qualquer processo autuado junto ao TCEPR, justamente pela impossibilidade de se definir a natureza e as condições de tais ajustes.

15 Dados do Sistema SIM-AM do TCEPR e atualização realizada pelo sistema disponível no Portal E-Contas do TCEPR, com referência em agosto de 2020.

Exercício	Valor	Atualizado
2013	92.679.442,13	R\$ 137.248.881,70
2014	69.129.683,68	R\$ 97.526.448,08
2015	30.594.891,79	R\$ 40.666.830,67
2016	25.009.434,77	R\$ 28.019.070,45
2017	28.976.520,81	R\$ 31.612.618,90
2018	53.523.188,27	R\$ 55.847.651,55
2019	63.013.174,84	R\$ 64.125.253,83
Totais	1.542.316.734,04	R\$ 2.660.709.038,51

Fonte: PARANÁ, 2020

De acordo com as informações pesquisadas, constam 83 repassadores diferentes, sendo 1 (um) da esfera estadual, 3 (três) Consórcios Intermunicipais e 79 (setenta e nove) municípios, seja de forma direta ou por meio de autarquia municipal, o que representa praticamente 20% dos 399 municípios do Estado do Paraná.

De um modo geral, as principais irregularidades detectadas nos processos analisados podem ser assim relacionadas:

- a) terceirização indevida de pessoal por meio da OSCIP e burla ao concurso público;
- b) burla ao dever de licitar, eis que verificada a aquisição de bens e serviços, postos à disposição da administração, por meio da OSCIP;
- c) cobranças de taxas administrativas e de provisões sem a demonstração analítica da destinação final dos recursos públicos;
- d) ausência de Prestação de Contas; e
- e) despesas incompatíveis com a execução das parcerias (confusão patrimonial entre a entidade e seus dirigentes).

No que tange ao item “a”, as irregularidades se deram tanto pela ausência do regular processo de contratação (licitação, dispensa ou inexigibilidade) dos serviços que poderiam ser alvo de regular terceirização, quanto pela substituição do quadro próprio de servidores por pessoal arrematado diretamente pela administração, por meio OSCIP – que simplesmente formalizava os contratos e repassava os salários –, em afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia que devem reger o acesso ao serviço público.

Em suma, pode-se afirmar que as ditas entidades sem fins lucrativos atuavam como verdadeiras agências de Recursos Humanos, fornecendo pessoal para suprir as mais variadas necessidades da administração.

Observa-se que a entidade em questão não exercia qualquer atividade no Município antes de sua contratação. Uma vez efetivada a Parceria, a entidade

promoveu a contratação de pessoal que trabalha para o Município dentro das próprias instalações municipais. [...]

[...] não há propriamente uma atividade típica desenvolvida pela entidade. O que a OSCIP realiza é o gerenciamento das contratações dos profissionais de saúde que atendem às demandas da Prefeitura, o que também gera um custo extra aos cofres públicos em função da cobrança das taxas administrativas (v. achado O2). [...]

[...] Os serviços são prestados pelos funcionários como se estivessem à disposição da Prefeitura e subordinados à Administração Municipal. Esta sistemática de cessão de funcionários contratados pela entidade após a celebração dos Termos indica que a municipalidade não avaliou as condições materiais e humanas da parceria [...] (Peça 6 do processo nº 323406/11-TC)

Além das tradicionais áreas de saúde, educação, assistência social e cultura, por exemplo, em temas que, pelo menos parcialmente e criteriosamente, admitiriam a atuação (desde que legítima!) do Terceiro Setor em parceria com o Estado, até objetos como urbanismo, agricultura, desenvolvimento econômico ou saneamento, os quais acobertavam a realização de atividades como¹⁶: varrição de ruas, jardinagem, recuperação de galerias, coleta e tratamento de lixo, consertos de vias públicas e realização de eventos comerciais.

O Termo de Parceria, instrumento jurídico adequado para a formalização de vínculo entre o Poder Público e a OSCIP, não raras vezes passa a ser denominado de contrato e também surgem algumas formas híbridas, como no caso relatado nos autos de n. 835650/13.

IMAGEM 1 - TERMO DE PARCERIA N. 002/2009

TERMO DE PARCERIA Nº 002/2009 **CONTRATO EMERGENCIAL**

Fonte: PARANÁ, 2020

No mencionado processo o Município de São Miguel do Iguçu firmou ajuste com a OSCIP tendo como objeto declarado a LIMPEZA PÚBLICA. No momento em que a Equipe de Auditoria do TCEPR visitou a municipalidade, a “parceria” havia sido finalizada e os serviços estavam sendo prestados pela empresa Costa Oeste Serviços de Limpeza Ltda.

No aludido município, aliás, a análise dos processos revela que a execução do orçamento por interposta pessoa atingiu níveis extremos, tendo em vista que no exercício de 2010 foi repassado o montante de R\$ 11.159.317,89, correspondente

¹⁶ Ver sistema do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processos 343390/10 (Ibrasc / Município de Irati), 323406/11 (Instituto Confiancce / Município de Guaratuba), 482959/14 (APRESB / São Miguel do Iguçu), 367370/09 (ADEOP / São Miguel do Iguçu), 835650/13 (Instituto Confiancce / São Miguel do Iguçu).

a 27,77% da Receita Corrente Líquida daquele ano, para a prestação de serviços públicos via 3 (três) OSCIP's.

A prestação de serviços de limpeza por meio de OSCIP, diga-se de passagem, é representativa no que tange ao desvirtuamento na atuação dessas entidades, eis que se trata de atividade comercial da mais pura espécie, sem qualquer viés de promover as finalidades elencadas no art. 3º da Lei n. 9.790/99. O relatório de execução física de parceria com o aludido objeto, extraído dos autos n. 343390/10, demonstra cabalmente a natureza comercial da relação:

O Relatório de Execução Física e Financeira do termo de parceria nº 02/2007, acostado à página 17 (peça 45), define as seguintes metas para a parceria:

- Coleta de lixo domiciliar: 535 toneladas por mês / atendimento de 9500 famílias ao mês
- Carpida e varrição de rua: 25 toneladas por mês
- Poda e coleta de entulhos: 150 toneladas por mês
- Conserto de vias públicas: 3,00 metros quadrados por mês

Já o Município de Itaipulândia recebeu fiscalização *in loco* do TCEPR (PARANÁ, 2020)¹⁷ no ano de 2009, ocasião em que possuía 90 servidores efetivos, 119 comissionados e 418 funcionários contratados por meio de Termo de Parceria com OSCIP, o equivalente a 67% de seus quadros.

A burla ao concurso público é notória em inúmeros casos analisados. Da Tomada de Contas Extraordinária n. 235973/11, decorrente de fiscalização *in loco*, que transitou em julgado em 29/01/2014, com a condenação à restituição do montante atualizado de R\$ 3.302.847,44, extrai-se a seguinte passagem:

Muitos dos cargos ocupados pelo pessoal terceirizado possuem disponibilidade de vagas no quadro funcional do município (anexo 12). Para o suprimento dessas vagas foi realizado concurso público em 2009 (anexos 11). Verifica-se, com base na relação de aprovados (anexo 11), que mesmo havendo vagas no quadro funcional e candidatos aprovados a serem chamados não ocorreu a contratação desses profissionais.

Cita-se, como exemplo, o cargo de dentista, carga horária de 20 horas semanais, que possui 6 vagas previstas no quadro funcional (anexo 12), com quatro disponíveis e 5 candidatos aprovados que não foram chamados (anexo 11). No entanto, existem hoje 2 dentistas contratados através da OSCIP.

Também se observou na amostra analisada a flagrante burla ao dever de licitar. E não somente o dever de licitar os próprios serviços terceirizados que acabavam sendo prestados pela OSCIP, mas sim da aquisição de bens e serviços, prestados por empresas diretamente aos municípios, mas que eram contratados e remunerados por meio da entidade, utilizando-se, evidentemente, os próprios recursos públicos transferidos no bojo da parceria.

Na prática, o ente público se utilizou de interposta pessoa para realizar contratações à margem das regras do direito público, criando-se amplos poderes

17 Ver Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Relatório de Inspeção n. 511314/09 (peça 6).

ao administrador para decidir como e com quem contratar, de acordo com suas próprias preferências e interesses.

Em trabalho de auditoria já mencionado¹⁸, o TCEPR apurou o pagamento, feito por meio de OSCIP, na ordem de R\$ 1.995.511,82 para duas empresas que prestavam serviços diretamente ao município parceiro.

A confusão era tamanha que parte dos pagamentos destinados a uma das empresas foi feito com base em nota fiscal emitida pela outra, denotando que a primeira sequer tinha condições de emitir documentos fiscais, quanto mais de contratar com o Poder Público. Uma das empresas tinha como sócio o filho de ex-Secretário Municipal de Agricultura e Meio Ambiente, que também foi vereador naquela municipalidade.

Documento colacionado pela equipe de auditoria revela que a autoridade para definir os termos do contrato e dos respectivos pagamentos pertencia ao próprio município, restando à OSCIP o papel de pagadora dos valores. Trata-se de cópia de e-mail encaminhado pelo Supervisor Regional da OSCIP para funcionária responsável pelo financeiro da entidade, com o seguinte teor.

Boa Noite Luci
Estive conversando hj com o Sr. Franco de SMI, que conforme determinação do Prefeito Polita a seguinte situação é para ser efetivada com relação aos pagamentos destes dias, conforme segue:
Lucimar – Manutenção e Conservação:
- pagar todos os salários
- pagar R\$ 5.000,00 para Lucimar
- pagar R\$ 20.800,00 referente a locação das camionetes
Marcos – Usina de Reciclagem:
NÃO É PARA PAGAR: (o prefeito quer conversar com o Marcos e deve fazer o pgto só depois do dia 20.10.10
- Locação do caminhão – R\$ 9.000,00
- Locação da Retroescavadeira – R\$ 8.000,00
- Material de Limpeza – R\$ 2.000,00
- Material de Expediente – R\$ 1.200,00
- Gerente – Reciclável – R\$ 2.500,00
Ou seja, o Marcos vai ter um crédito a receber, pelo menos essa é a determinação do prefeito, no valor de R\$ 22.700,00
Obs. Mesmo que o marcos ligue cobrando os valores, como ele fez no mês passado (ligando para várias pessoas), não é para pagar sem que a prefeitura deposite e/ou autorize o pagamento (existe uma briga política feia entre o prefeito e a família do marcos)

Em outros casos examinados, verificou-se que a entidade privada parceira realizou pagamentos para a manutenção de canteiros do município, aluguel de ambulâncias, contratação de show artístico, serviços de sinalização em vias públicas, contratação de seguranças e salva-vidas, aquisição de cestas básicas, etc., em afronta ao disposto na Constituição da na Lei Geral de Licitações.

¹⁸ Ver Relatório de Auditoria n. 835650/13 (peça 7), aprovado pelo Acórdão n° 1350/19 – 2ª Câmara.

Em outro aspecto fortemente comprovado pelos processos analisados, restaram patentes os artifícios fraudulentos utilizados visando à destinação de recursos públicos aos particulares que gerenciavam as ditas parcerias. A repartição do lucro desse negócio bilionário teve como efeito a aparição dos três grupos de irregularidades abaixo relacionados, que serão tratadas em conjunto, tendo em vista estarem umbilicalmente interligadas: (i) cobranças de taxas administrativas e de provisões sem a demonstração analítica da destinação dos recursos; (ii) ausência de Prestação de Contas; e (iii) despesas incompatíveis com a execução das parcerias (confusão patrimonial entre a entidade e seus dirigentes).

É preciso consignar que não existe vedação ao pagamento de custos indiretos da execução da parceria com os recursos dela advindos, desde que haja a demonstração da efetiva destinação do dinheiro e da proporcionalidade de sua incidência, tendo como base a receita global da entidade e as receitas específicas de cada parceria.

A possibilidade do rateio de despesas ordinárias da OSCIP (por exemplo para a manutenção de sua sede, a qual suporta administrativamente a realização de uma série de parcerias em diferentes locais) não afasta a necessidade da prestação de contas analítica desses gastos perante o parceiro público.

Ocorre que eram pagos valores a título de “taxa administrativa” ou “custo operacional”, que eram aleatoriamente fixados entre 4% e 22% da receita da parceria, sem a qualquer demonstração quanto aos critérios, adequação e destinação desses recursos. Somados a tais ocorrências, nos processos pesquisados também constam valores lançados a título de “provisões”, “risco trabalhista” e “taxa de auditoria”, cobrados sempre em percentuais da receita (entre 1% e 12%) e que igualmente não eram comprovados junto ao parceiro público.

Situação mais grave apontada foi a ausência integral da prestação de contas dos recursos, casos em que o julgamento do TCEPR determinou a restituição total dos valores aos cofres públicos. Por outro lado, quando havia a prestação de contas devidamente constituída, a instrução dos processos e as auditorias *in loco* revelaram a existência de despesas estranhas à realização do objeto da parceria, tais como o pagamento de consultorias e assessorias.

Mencionados serviços não repercutiam em qualquer benefício à consecução dos objetos pactuados e em determinados casos era prestado por empresas ligadas aos dirigentes da entidade, chegando a compartilhar o mesmo endereço. A soma dessas despesas aos valores cobrados como taxa administrativa e similares elevava a “remuneração” do negócio a patamares que beiravam os 40%¹⁹.

19 Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo n. 482959/14 que transitou em julgado em 17/05/2018 com a condenação a restituição de R\$ 7.432.775,77, equivalente a 40% de toda a receita da parceria no período fiscalizado (R\$ 18.532.231,03).

A remuneração dos dirigentes das OSCIP's também era complementada com o lançamento de despesas de cunho particular e o pagamento superfaturado por serviços prestados por empresas de sua propriedade, como o fornecimento de serviços médicos, por exemplo²⁰. Em situação representativa da confusão patrimonial descortinada, o mandatário da OSCIP alugava o seu próprio carro para ele mesmo, efetuando o lançamento das despesas com aluguel, combustível e pedágios para serem pagos com os recursos públicos oriundos da parceria.

IMAGEM 2 - VEÍCULO DE LUXO



Fonte: PARANÁ, 2020. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, autos n. 482959/14

IMAGEM 3 - INTERIOR DE VEÍCULO DE LUXO



Fonte: PARANÁ, 2020. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, autos n. 482959/14

Conforme relatório de auditoria realizada pelo TCEPR, no exercício de 2012, foi confirmado o aluguel de veículo de luxo, ano 2011, com valor atual estimado em mais de R\$ 220.000,00²¹, regalia que custou aos cofres públicos o montante atualizado superior a R\$ 348.557,60²² pelo período de 2 anos e meio.

Com o avanço da fiscalização do TCEPR e buscando atender aos questionamentos suscitados pelo controle externo, determinadas entidades passaram a fornecer informações e documentos financeiros e contábeis que não compunham as prestações de contas efetuadas junto aos parceiros públicos.

Nesse momento, além de se confirmar a completa confusão patrimonial entre entidades e dirigentes, revelou-se um esquema de lavagem de dinheiro, no qual eram utilizadas empresas inexistentes (existiam apenas formalmente) para a emissão de notas fiscais sobre serviços jamais prestados (PARANÁ, 2020)²³. Tal condição foi depurada e documentada em achado de auditoria (PARANÁ, 2020)²⁴, no qual a

20 Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 343404/13, peça 6.

21 FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. Tabela FIPE para o veículo Toyota Hilux SW4 SRX, ano/modelo 2019. Valor: R\$ 223.283,00 <https://veiculos.fipe.org.br/carro/toyota/6-2020/002146-6/2019/d/lr3z1srkfvdbm>.

22 Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 482959/14. Valor original de R\$ 222.548,26, atualizado a partir da data de emissão do relatório (14/08/2014) até o dia 13/06/2020.

23 Ver Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Processos n. 343404/13, 500976/13 e 835650/13.

24 Ver Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Processo n. 835650/13.

comissão de fiscalização visitou 11 (onze) endereços das empresas emissoras das notas fiscais, atestando o seu caráter fictício.

A lavagem de dinheiro e uma série de outros crimes, como corrupção, associação criminosa, falsidade ideológica, peculato, fraude, organização criminosa e formação de quadrilha, praticados no contexto da atuação fraudulenta das OSCIP's no Estado do Paraná, foram alvo de pelo menos duas operações policiais que resultaram em sentenças condenatórias pelo Poder Judiciário.

A operação denominada Dejavu II, deflagrada em abril de 2011, investigou os repasses recebidos pela Adesobras e pelo IBIDEC, que eram controladas pelo mesmo grupo familiar, resultando na condenação de 8 (oito) denunciados (com penas que chegaram a 26 anos e 8 meses de reclusão), em sentença exarada pelo então Juiz Federal Sergio Fernando Moro da data de 21/07/2014 (BARAN, 2014), no âmbito da 13ª Vara Federal de Curitiba.

A sentença evidencia com riqueza de detalhes as artimanhas utilizadas pelos dirigentes das OSCIP's para efetivar a distribuição dos resultados das parcerias, como a contratação de serviços de consultoria/assessoria inexistentes. O trecho abaixo colacionado se refere a pagamentos feitos pelas OSCIP's em favor de empresas de consultoria em nome de Laucir Rissatto, no valor de R\$ 11.149.589,78, durante os exercícios de 2006 a 2009, sem que tenha havido qualquer contraprestação de serviço.

254. Surpreendente que, na própria Adesobras, não se tenha conhecimento qual empresa teria prestado assessoria em Itaipulândia. Ainda, a expressão “montar os relatórios” indica que **os relatórios dos serviços prestados pelas empresas de Laucir Rissatto nos termos de parceria eram preparados não por ele, mas pela própria Adesobras e retroativamente.**

255. Em nova mensagem eletrônica, ainda em 29/04/2010 (fl. 85 da representação, evento 283 do processo 25000409-39.2010.4.04.7000), desta feita dirigida à Mariana Lisboa, com cópia para Thaiz Femezlian e Lilian Lisboa, Andressa admite a inexistência dos contratos e solicita orientações (“em vista do email abaixo, de fato não verificamos a existência de contratos da Nery & Rissatto/Ellus Assessoria para os trabalhos dos programas do Município de Itaipulândia”, “a propósito, não detectamos nenhum contrato de assessoria para a aludida municipalidade (lembra que você ficou de nos posicionar a respeito?”). Em mensagem posterior, desta feita de 03/06/2010, Andressa Bolsi novamente informa a inexistência de contratos “preciso conversar pessoalmente com você para entender os objetos, pois para Itaipulândia não existem contratos desde 2008 com as empresas Nery&Rissatto/Ellus”.

256. **A falta de contratos foi resolvida por sua elaboração extemporânea.** Em nova mensagem de Andressa Bolsi, de 05/05/2010, dirigida a Mariana Lisboa, Lilian Lisboa e Thaiz Fernezlian, com o assunto “Contratos NR/Ellus” foram enviadas as minutas dos contratos de assessoria a serem firmados com as empresas de Laucir Rissatto (“conforme conversado, seguem anexas as minutas dos contratos de assessoria a serem firmados com a empresa Nery e Rissatto/Ellus nos anos de 2008/2009, de acordo com a planilha anteriormente enviada, para análise e ponderações de VSas.” - fl. 87 da representação, evento 283 do processo 25000409-39.2010.4.04.7000). Os arquivos encaminhados, **de fato contratos de prestação de serviços entre**

a Adesobras e as empresas de Laucir Rissatto no âmbito da parceria com o Município de Itaipulândia e relatórios de pagamentos de notas fiscais, embora datados de 2008 e 2009, foram produzidos e minutados apenas em 05/05/2010, como revelam as mensagens citadas e os elementos de propriedade dos arquivos eletrônicos. [...]

[...] 262. A prova é cabal quanto à fraude envolvendo não só a produção desses documentos, no caso com o agravante de que destinados a atender à fiscalização da CGU.

263. Se os contratos e especialmente os relatórios de prestação de serviço **foram produzidos extemporaneamente, para atender à fiscalização da CGU**, e estes não pelo prestador dos serviços, mas pela própria Adesobras, trata-se de **prova significativa de que os serviços não foram efetivamente prestados**. [...]

[...] 265. Ainda nesse sentido, consta que, durante o período da interceptação telefônica e telemática, de cerca de, como visto, trezentos e quinze dias, **não foi captado um único diálogo ou mensagem entre Laucir Rissatto e os dirigentes do Ibidec ou da Adesobras que teria por objeto a prestação de serviços dele à essas OSCIPs no âmbito dos termos de parceria**, o que seria de se esperar. As únicas mensagens ou diálogos captados com Laucir disseram respeito à produção extemporânea dos contratos e relatórios. (grifou-se)

Já em maio de 2015 foi levada a cabo pela Polícia Federal a Operação Fidúcia (AUDI; MARÉS, 2015), efetuando-se a prisão temporária de pessoas ligadas ao Instituto Confiancce e ao Instituto Brasil Melhor, que também eram controladas pelo mesmo grupo. Referida ação resultou em condenação em primeira instância pela mesma 13ª Vara Federal de Curitiba, em sentença proferida pela magistrada Gabriela Hardt. A referida decisão, proferida em 23/07/2018, condenou 8 (oito) pessoas a penas que alcançaram 23 (vinte e três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mas foi posteriormente anulada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que detectou problemas na sua fundamentação.

As decisões supramencionadas corroboram com a percepção de que houve, bem na verdade, o desvio de recursos públicos. A análise da presente amostra de processos, em comparação com o fluxo anual de recursos repassados às OSCIP's, permite concluir que a implementação do controle²⁵ foi determinante no combate à “pandemia”²⁶ da Terceirização vivenciada no Estado do Paraná.

Nesse sentido, sem abrir mão da busca contínua por soluções na prestação de um serviço público ágil e efetivo, que possa realizar de fato os direitos sociais (em especial na área da saúde) previstos na Constituição da República, mostra-se irrenunciável o encargo de bem fiscalizar a aplicação dos recursos públicos.

25 Notadamente a edição da Resolução n. 03/2006-TCEPR, da Instrução Normativa n. 27/08-TCEPR, da Resolução n. 28/11-TCEPR (implementou o Sistema Integrado de Transferências – SIT) e das fiscalizações in loco realizadas contundentemente entre 2008 e 2015.

26 Em referência ao momento de Pandemia do novo Coronavírus vivido em junho de 2020, quando da confecção do trabalho. Também em homenagem ao orientador desse estudo, Professor Dr. Luciano Elias Reis que consagrou o termo “Pandemia Normativa” durante debate promovido pelo Instituto Paranaense de Direito Administrativo em abril de 2020.

4 A DECISÃO DO STF E OS CONTORNOS DO CONTRATO DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ÁREA DE SAÚDE

Em linha com as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, foi editada a Lei n. 9.637 em 15 de maio de 1998, derivada da Medida Provisória n. 1648-7/98, instituindo o modelo de Organizações Sociais no âmbito da União Federal.

Por meio de Contrato de Gestão com a OS, permite-se a transferência da execução de determinada atividade para a iniciativa privada, sem o pressuposto de obter lucro, como por exemplo a gestão de unidades de saúde, museus, institutos de pesquisa, dentre outros, a depender do alcance da legislação do ente que adotar o modelo.

Em comparação com os instrumentos do Termo de Colaboração e de Fomento, advindos da Lei n. 13.019/14, podemos afirmar que o Contrato de Gestão é mais amplo, pois o parceiro privado, além de receber recursos financeiros de origem pública, age literalmente em nome do Estado, assumindo suas estruturas físicas e, às vezes, de pessoal.

Ainda no ano de 1998, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-DF (BRASIL, 2015) em face da Lei n. 9.637/98, alegando que haveria uma espécie de privatização de serviços públicos, operada com a cessão de bens, pessoal e recursos públicos, sem a devida observância ao dever de licitar e ao concurso público.

A tramitação da ação teve um longo curso, culminando com seu derradeiro julgamento em 16 de abril de 2015 (BRASIL, 2015)²⁷, sob a condução do voto do Ministro Luiz Fux, redator do Acórdão, decidindo-se pela sua procedência parcial e conferindo interpretação conforme aos dispositivos objurgados.

Em suma, a decisão do STF reconheceu a legitimidade da celebração de Contrato de Gestão com Organização Social, permitindo ao Estado deslocar a execução de determinadas atividades de caráter público para as mãos da sociedade civil organizada. Um dos vetores da decisão foi justamente a premissa de que o aparelho do Estado possa ser moldado conforme a variação de suas demandas, da própria realidade de cada tempo e da visão particular de cada governo:

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (BRASIL, 2015)

27 O Acórdão foi publicado no DJ em 17/12/2015.

No entanto, ao permitir essa espécie de delegação da execução de serviços de natureza pública – e aqui o enfoque se reduzirá aos serviços na área de saúde – a Corte Suprema estabeleceu uma série de parâmetros a serem observados pela administração pública quando da escolha pelo modelo de Contrato de Gestão.

De início, restou consignado que o processo de qualificação das entidades deve ser baseado em critérios técnicos e objetivos, respeitando-se o princípio da isonomia e evitando-se favoritismos incompatíveis com o regime de direito público²⁸.

Em idêntico sentido, a Corte Suprema ressaltou que a definição da organização parceira deve ser realizada após regular chamamento público, conferindo-se igualdade de oportunidades aos interessados e evitando-se que a celebração do Contrato de Gestão aconteça de forma casuística, o que, na prática, tende a evitar que se objetive a simples gestão de percentual do orçamento às margens do regramento típico do Estado. Para além disso, a interpretação declinada pelo STF foi a de participação/colaboração entre os parceiros públicos e privados, não se admitindo a ideia da mera transferência do problema a terceiros (PARANÁ, 2020)²⁹.

Assim, mesmo que o contrato de gestão seja a modalidade mais permissiva de interação entre o Estado e o Terceiro Setor na gestão da coisa pública, não se admite, por exemplo, a simples cessão de unidades hospitalares. Ao poder público ainda é imprescindível a participação na administração e na fiscalização do contrato.

A opção pela adoção do modelo de Contrato de Gestão também deve ser plenamente justificável, calcada em indicadores que possibilitem subsidiar a decisão da administração de forma racional, primando-se pelo ganho em eficiência e produtividade e sob a premissa de entregar uma melhor prestação de serviço ao usuário.

Ademais, o reconhecimento da constitucionalidade do modelo não afasta o regular exercício do controle pelos órgãos competentes, inclusive quanto a própria escolha pela modelagem, conforme fixou o próprio STF em julgado posterior à decisão exarada na ADI 1.923/DF ora analisada.

Trata-se da Reclamação Constitucional n. 15.733, na qual o Estado do Rio de Janeiro questionara decisão do TJ-RJ, que havia declarado a nulidade de Edital de

28 Vide itens 11 e 13 do Acórdão prolatado na ADI 1.923/DF: 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 n. 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. [...] 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).

29 Como referência o Acórdão n. 1395/18 – Primeira Câmara – TCEPR. Disponível em <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/6/pdf/00328912.pdf>.

chamamento público visando à celebração de Contrato de Gestão da área de saúde. No referido caso, a Ministra Rosa Weber entendeu ser plenamente cabível o controle do ato pelo Poder Judiciário, nos seguintes termos:

[...] A segunda premissa, consistente na análise específica das cláusulas do Edital de Seleção 004/2012, e mesmo da motivação deste ato administrativo, deixou claro que a ação da autoridade administrativa deve corresponder aos motivos alegados, sob pena de nulidade. Nesse contexto, entendeu a Corte Estadual que **os motivos invocados para a edição do ato, como as dificuldades ordinárias na administração de unidades de tratamento intensivo e semi-intensivo, existentes em hospitais tradicionais e antigos do Estado, não podem servir como justificativa para a transferência da gestão administrativa e a execução de serviços típicos de saúde para a iniciativa privada, ainda que através de organizações sociais. Isso porque as dificuldades relatadas na motivação do ato apenas revelam a deficiência na gestão do serviço de saúde.** O raciocínio jurídico adotado foi no sentido de que, não obstante a possibilidade de adoção do modelo de organizações sociais, na espécie, a motivação do Edital de Seleção não logrou demonstrar a existência de fatos que autorizem a contratação de entidade privada, sob qualquer forma, porque ausentes os pressupostos legais e constitucionais. Desse modo, **a transferência da gestão de unidades de tratamento crítico, como a unidade intensiva e semi-intensiva, de hospitais estaduais para a iniciativa privada, deve ocorrer apenas de forma complementar e sem fins lucrativos, conforme dispõe a Lei 8.080/90,** condições que não ficaram demonstradas na motivação do Edital questionado. (grifou-se)

Ou seja, resta evidenciado que a transferência da gestão de unidade pública de saúde deve ocorrer de forma complementar, sendo vedada a sua delegação integral. A tônica continua sendo a de fomento³⁰ ao terceiro setor, sendo inalienável o dever da administração em dirigir a ação do particular visando à melhoria na prestação do serviço público.

E não poderia ser diferente, eis que a Constituição da República estabelece em seu art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, fixando que as ações e serviços públicos de saúde como uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198), o que se denomina Sistema Único de Saúde – SUS.

No que tange à prestação de serviços privados de saúde, há o permissivo constitucional para a sua realização (*caput* do art. 199), cabendo ao Poder Público dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle.

Então temos o universo dos serviços particulares de saúde, devidamente regulamentado, mas regido pelas regras do mercado, com preponderante atuação de planos de saúde, e também o universo do SUS, que oferece serviços prestados (i) diretamente pelo Estado ou (ii) por meio de terceiros, nos termos do art. 197 da Constituição. Ainda no plano constitucional, o § 1º do art. 199 estabelece que as instituições privadas poderão participar do SUS de forma complementar, seja por meio de contrato ou de convênio.

30 O voto condutor do Ministro Luiz Fux na ADI 1.923/DF menciona por 25 vezes a palavra “fomento”.

A Lei n. 8.080/90, intitulada Lei Orgânica do SUS, anda na mesma linha (arts. 4º, § 2º, 7º e 8º) e em seu art. 24 prescreve que o sistema poderá recorrer à oferta de serviços junto a iniciativa privada, quando sua capacidade for insuficiente para garantir a cobertura assistencial de determinada área.

Ou seja, é notória a possibilidade de participação da iniciativa privada na consecução das ações de saúde no âmbito do SUS, desde que isso ocorra de forma complementar. Ou seja, não se cogita da delegação integral da tarefa ao particular, do que é válido concluir que o Estado deve manter capacidade instalada hábil a prover o serviço à sua população, podendo incrementar essa oferta por meio de convênio ou contrato com particular.

Assim, além de unidades próprias, como hospitais, prontos-socorros e postos voltados à atenção básica de saúde, é outorgada a possibilidade (prioritariamente) de formalização de convênio com entidades privadas filantrópicas, as quais serão remuneradas pelos serviços prestados conforme a tabela do SUS e também a celebração de contratos com empresas prestadoras de serviços médicos, que igualmente serão remuneradas conforme a tabela ou diferente ajuste firmado.

É possível representar esses conjuntos de serviços conforme as imagens abaixo, sendo na cor azul os executados de forma direta pelo SUS e na cor amarela os prestados pela iniciativa privada. Já no espaço em branco da imagem 4, que vem a ser preenchido na imagem 5, estariam localizados os serviços prestados ao SUS pela iniciativa privada, de forma complementar.



Fonte: o autor, 2020



Fonte: o autor, 2020

Seguindo esse raciocínio e considerando que o aspecto da complementariedade continua sendo uma premissa para participação do particular no universo em azul, cabe indagar onde se localizariam os Contratos de Gestão com as Organizações Sociais?

É preciso considerar que quando da celebração desses acordos, em tese, não há o aumento da capacidade instalada das unidades públicas de saúde. Pois o que se está permitindo ao particular é a participação na gestão do aparato público já

existente, que deixaria de ser executada de forma direta e exclusiva pelo Estado e passaria a uma espécie de cogestão, com a iniciativa privada garantindo uma melhor operacionalização da estrutura e sendo fomentada, fiscalizada e dirigida pelo Estado.

Conforme dito alhures, o modelo de Organização Social não deve corresponder à substituição do Poder Público pelo parceiro privado, mas sim a uma conjugação de esforços, numa relação de cunho colaborativo capaz de gerar sinergia suficiente para melhor adimplir as crescentes demandas sociais da população.

E seria nesse ponto, no entendimento do autor do presente artigo, que residiria o aspecto da complementariedade quando da opção pela execução indireta por meio de Contrato de Gestão, conforme a imagem abaixo.

IMAGEM 6 - COMPLEMENTARIEDADE DO CONTRATO DE GESTÃO



Fonte: o autor, 2020

Neste sentido, para que se perfectibilize a opção administrativa pela celebração de contrato de gestão, deve existir comprovado ganho de eficiência e produtividade que agreguem maior capacidade de ação àquela unidade de saúde, por exemplo, respeitando-se assim o pressuposto da complementariedade na participação da iniciativa privada junto ao SUS.

Contrario sensu, entende-se como ilegítima a avença com Organização Social que resulte em piora nos indicadores de resultados, eis que a agilidade e o *know-how* dessas entidades, exaltados como principais fundamentos (e não se contrapõe a isso) para justificar a alocação de consideráveis fatias do orçamento público sob os seus cuidados, deve se traduzir em ganhos reais para o receptor do serviço público.

Afinal de contas, ao passo que as amarras inerentes ao regime de direito público são prejudiciais à agilidade da gestão, a sua ausência deixa o recurso público mais suscetível à corrupção. Nesse sentido, o controle de desempenho da gestão, com a aferição do cumprimento de metas e objetivos, também serve de controle indireto sobre a conformidade na aplicação dos recursos públicos geridos pelas Organizações Sociais.

Há de se concluir então que institutos aparentemente desalinhados, como a delegação da gestão de unidades próprias de saúde e o requisito da complementariedade para admissão da participação do particular nas ações do SUS podem ser conciliáveis, desde que seja cabalmente demonstrada a vantajosidade na adoção do modelo em termos de desempenho finalístico.

5 CONCLUSÃO

A utilização desenfreada de entidades privadas sem fins lucrativos para dar cabo às necessidades administrativas do Poder Público foi um fenômeno que podemos classificar como um “jeitinho brasileiro”. O rol de direitos conquistados historicamente e consagrados na Constituição Federal, associados a novas regras estruturantes do Estado brasileiro, criaram uma realidade delicada ao gestor público: a de entregar um serviço de qualidade sem fugir da moldura normativa estabelecida para a sua atuação.

A verdade é que as medidas amargas não são tradicionalmente geradoras de dividendos eleitorais e, diante de situações complexas que exigiriam um olhar além do curto prazo, significativo número de gestores públicos do Estado do Paraná se utilizaram dessa ferramenta fraudulenta, literalmente, maquiando os problemas.

Quer se acreditar que os desvios de recursos e as articulações criminosas tenham vindo em um segundo momento, ocasião em que os envolvidos perceberam como era parco o controle e a fiscalização, movidos por uma sensação de impunidade que os levou ao precipício do absurdo no trato com a minguada verba pública.

A derrocada do modelo de OSCIP e a ascensão do modelo de OS devem ligar o sinal de alerta para duas situações bem específicas. A primeira versa sobre a necessidade de haver um controle permanente e eficaz sobre os acordos celebrados, tanto na perspectiva financeira quanto na de resultados. A segunda é bem mais complexa e está ligada à causa do problema e não às suas consequências, pois diz respeito à defasagem do aparelho jurídico-normativo que rege a atuação do Estado.

É preciso reflexão quanto aos terrenos que se mostram inóspitos à atuação do Estado, consideradas as amarras naturais do regime público, de modo a se atualizar os modelos de gestão de forma transparente e honesta. Não se deve admitir organizações se intitulando de cunho social, apenas para se amoldar a uma ideia bonita de filantropia, enquanto na verdade representam um negócio bilionário. A atual “pandemia normativa” escancara a falta de ferramenta jurídica para que o administrador público se desvencilhe com agilidade dos problemas reais vivenciados no dia-a-dia.

Acredita-se que, após a decisão do STF que avalizou a formalização de Contratos de Gestão com Organizações Sociais, este passou a ser o instrumento mais amplo e que oferece maior segurança jurídica aos administradores, podendo ser útil especialmente na gestão de Unidades de Saúde (hospitais e pronto atendimentos), as quais exigem um nível de *expertise* e agilidade que nem sempre se encontra à disposição no interior do aparato estatal.

Conclui-se com a estranha certeza de que, mesmo o autor tendo sido testemunha ocular do mal perpetrado sob a camuflagem do terceiro setor, a efetividade na prestação de serviços públicos, especialmente na área de saúde, depende da interação do Estado com a iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

AUDI, Amanda; MARÉS, Chico. PF desarticula grupo suspeito de desviar R\$ 70 milhões da saúde do PR. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 2 maio 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/pf-desarticula-grupo-suspeito-de-desviar-r-70-milhoes-da-saude-do-pr-4yjxh2r6szofa2i5rd5oyhiam/>.

BARAN, Katna. Justiça condena oito por esquema que envolvia programa federal. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 23 jul. 2014. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-condena-oito-por-esquema-que-envolvia-programa-federal-eb9gg3skkd8gw2n8hoi96d1la/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Número único 0004015-51.1998.0.01.0000**. Acórdão. Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. 2014.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. **Tabela FIPE para o veículo Toyota Hilux SW4 SRX, ano/modelo 2019**. Valor: R\$ 223.283,00 <https://veiculos.fipe.org.br?carro/toyota/6-2020/002146-6/2019/d/lr3z1srkfvdbm>.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Consulta processual**. 2020. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/consulta-processual/237518/area/54>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**, 2015.

SANTOS, Enoque Riqueiro dos. As OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a Administração Pública – intermediação fraudulenta de mão-

de-obra sob uma nova roupagem jurídica. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, ano 24, n. 279, p. 30-53, 2007.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 6º, Capítulo II. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.