

Terceirização de atividades finalísticas

O modelo de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para as organizações sociais também é contestado na Justiça do Trabalho, sendo considerado uma forma de terceirização de atividades finalísticas do Poder Público, o que seria ilegal. Ainda recentemente, em outubro de 2012, decisão judicial decretou a nulidade de todos os contratos de gestão celebrados pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo e determinou a troca dos funcionários terceirizados por servidores concursados nos 37 hospitais e outras 44 unidades de saúde. Decisões semelhantes já foram tomadas em outras unidades da federação.

O TCU já se pronunciou acerca da legalidade do modelo em mais de uma ocasião. O Acórdão 1146/2003-TCU-Plenário julgou representação acerca de irregularidades na implementação do Programa Saúde da Família pelo Governo do Distrito Federal, que estaria contratando pessoal sem concurso público, valendo-se da simulação de contrato de gestão com o Instituto Candango de Solidariedade. Ficou demonstrado que o Instituto atuava apenas como mera pessoa interposta, para viabilizar a contratação de pessoal sem concurso público. A entidade não tinha atuação na área de saúde e sua tarefa no contrato seria apenas de fazer a seleção e gestão do pessoal. Segundo o voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues:

Na modalidade indireta, a implementação e a operação do programa têm de ficar a cargo da entidade contratada, que atua com base em sua prévia experiência e capacitação na área de saúde, cabendo à Administração Pública a supervisão, o controle de metas, a avaliação do desempenho e não a gestão do programa, tampouco a indicação das pessoas que deverão ser contratadas.

Observa-se que organizações sociais devem ser contratadas para gerir a implementação do programa, e não apenas a contratação de pessoal. Por conseguinte, o Tribunal entendeu a contratação de organizações sociais para o gerenciamento do PSF como uma alternativa legal, tanto que proferiu a seguinte determinação ao Ministério da Saúde:

9.6. determinar ao Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria de Políticas de Saúde, que, na implementação do Programa Saúde da Família, nos diversos entes da Federação, qualquer que seja a nomenclatura do programa adotada no local, observe o seguinte:

9.6.1. somente podem ser consideradas como alternativas válidas para a contratação dos agentes comunitários de saúde e demais profissionais das Equipes de Saúde da Família, a contratação direta pelo município ou Distrito Federal, com a criação de cargos ou empregos públicos, ou a contratação indireta, mediante a **celebração de contrato de gestão com Organização Social** ou termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nos termos da Lei 9.637/98 e da Lei 9.790/99 *[grifo nosso]*;

Esta mesma determinação foi feita para a Prefeitura do Município de Aliança/PE no Acórdão 2854/2008-TCU-Segunda Câmara.

Já o Acórdão 1039/2008-TCU-Plenário julgou representação que questionava a legalidade da transferência da implementação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e Emergência (Samu) para uma Oscip por meio de parceria. O representante entendia que o serviço é uma "área sensível e finalística do Município que deve ser executada por servidores do próprio Município, portanto não sujeito a delegações".

A representação, acerca desse ponto específico da terceirização de atividades finalísticas, foi julgada improcedente, tendo sido acolhida como parcialmente procedente em virtude de o Conselho de Saúde não ter sido consultado acerca da celebração do Termo de Parceria, como determina o art. 10 da Lei Federal 9.790/1999.

O Plenário considerou como válida a contratação de Oscip para gerenciamento do Samu. Depreende-se, portanto, que a Corte não vê ilegalidade na transferência do gerenciamento de

unidades e serviços de saúde para entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais ou Oscips.

Discrecionalidade na qualificação como OS

A legislação das organizações sociais e das Oscips previu a necessidade de qualificação das entidades sem fins lucrativos para celebrarem contrato de gestão ou termo de parceria. A qualificação é vista como uma forma de credenciamento pelo Ministro do STF Luiz Fux na Adin 1.923/DF:

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.

A qualificação das entidades é uma condição para a celebração de ajuste com o poder público, e não a concretização do próprio ajuste. É uma etapa anterior necessária para que a entidade possa celebrar o contrato de gestão ou termo de parceria. Como afirma o ministro, não há competição no momento da qualificação, todas as entidades que preenchem os requisitos legais podem receber a qualificação.

Porém, há uma diferença entre as OSs e as Oscips, que está no fato de a Lei Federal 9.637/1998 e a Lei Federal 8.790/1999 tratarem da qualificação, respectivamente, como um ato discricionário e vinculado. Segundo as normas:

Lei 9.637/1998

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

II - haver aprovação, quanto à **conveniência e oportunidade** de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Lei 9.790/1999:

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é **ato vinculado** ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei *[grifo nosso]*.

Esses mesmos dispositivos são repetidos em algumas legislações estaduais e municipais, já outras normas locais estabelecem a qualificação dos dois tipos de entidades como um ato vinculado. A discricionariedade prevista na Lei Federal 9.637/1998 é apontada como inconstitucional pelo relator da Adin 1.923/DF, ministro Carlos Ayres Brito, e pelo então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, segundo o qual:

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

Já o ministro Luiz Fux não vê o dispositivo como inconstitucional, pois entende que ele não confere ao gestor público a permissão "para a prática de arbitrariedades, criando reduções de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações

sociais". A atuação discricionária do gestor estaria condicionada à obediência dos princípios constitucionais e às diretrizes legais. Segundo o ministro:

A qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo.

Dessa forma, a qualificação da entidade como organização social não é decisão sujeita ao interesse do administrador público, deve ser tomada a partir de critérios objetivos e estar demonstrada em autos de processo administrativo. Toda decisão de administrador público, ainda que discricionária, deve ter como finalidade o interesse público. A Lei 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre a necessidade de motivação de determinados atos administrativos (art. 50), entre eles aqueles que:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

Tais incisos demonstram que atos que interfiram na escolha de entidades privadas que celebrem acordos com a administração pública devem ser motivados, ou seja, devem ser demonstradas as razões pelas quais determinada entidade foi selecionada no lugar de outras. Tal escolha deve ser pautada por critérios objetivos, demonstrados pelo gestor público.

Nesse sentido, cabe propor que o TCU firme o entendimento de que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou não do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo.

Por fim, o Acórdão 3373/2012-TCU-Plenário, que apreciou auditoria operacional na SPDM, fez uma série de determinações a entidade no sentido de que seus procedimentos de contratação atendessem aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como os preceitos gerais da Lei de Licitações, mas sem aplicar diretamente a lei nas aquisições da entidade.

Tendo em vista que este é um tema ainda cercado de polêmica dentro do Tribunal, o que pode levar a uma insegurança jurídica ao modelo das organizações sociais, propõe-se que o TCU firme o entendimento de que as organizações sociais submetem-se ao **regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.**

Achados das fiscalizações nas secretarias estaduais e municipais

Este capítulo tem como objetivo apresentar os achados identificados nas fiscalizações realizadas junto às secretarias estaduais e municipais de saúde. Os achados em alguns casos se repetem em mais de um órgão auditado, por isso optou-se por apresentá-los divididos por temas, e não pelas unidades jurisdicionadas. Dessa forma, busca-se dar destaque aos problemas identificados e as possíveis soluções propostas.

O processo decisório pela terceirização não demonstra que ela é a melhor opção.

O princípio da motivação dos atos administrativos está fortemente consolidado na doutrina do direito brasileiro, além de sua expressa inscrição no art. 50 da Lei Federal 9.784, de 29/11/1999. Embora a Lei enumere os casos em que deva haver motivação, defende-se na doutrina a ideia de que todo o ato discricionário deve ser adequadamente motivado. A decisão de terceirização da gestão pode ser classificada nos incisos I e II do mencionado artigo:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...]

Assim, a decisão de transferir o gerenciamento de unidades públicas de saúde para entidades do terceiro setor deve ser adequadamente motivada, deixando incontestado que a terceirização da gestão resultará em melhor desempenho ou menor custo na prestação dos serviços à população.

A situação ideal seria a apresentação de um estudo específico para a unidade de saúde objeto da terceirização, efetuando a comparação, em termos de custos e produtividade, entre a situação de gestão segundo o regime aplicável ao Poder Público e a situação de gestão segundo o regime aplicável a entidade privada.

Contudo, em todos os casos que integraram o escopo da presente auditoria, nenhum dos processos de seleção apresentou estudo ou ensaio capaz de demonstrar eventuais vantagens na gestão pelo modelo privado. Nos estados da Bahia e São Paulo, bem como no Município de São Paulo, as leis que regulam os programas de publicização contêm determinação expressa quanto à realização de tais estudos.

Antes mesmo de uma análise capaz de revelar eventuais vantagens de eficiência da gestão segundo o regime jurídico privado, observou-se que os processos de seleção e contratação das entidades para a gestão terceirizada carecem da simples estimativa orçamentária que deve integrar os autos de qualquer processo do qual resultará a aplicação de recursos públicos. Isso

pode ser observado em normativos legais dos entes fiscalizados, assim como na Lei Federal 8.666/1993, entre cujos dispositivos pode-se destacar:

Art. 7º, § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

A ausência de justificação, além de ser uma irregularidade em si, revela a existência de outro problema envolvendo a terceirização da gestão: a falta de planejamento. O adequado planejamento é um requisito essencial dos programas de publicização, considerando que é necessário garantir que as ações resultem em benefícios para a sociedade e não imponham restrições aos direitos dos diversos atores envolvidos na desmobilização do aparelho estatal.

A Portaria MS/GM 1.034/2010, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no âmbito do SUS, contém, em seu art. 2º, dois dispositivos a respeito desse planejamento:

§ 2º Para fins de organização da rede de serviços e justificativa da necessidade de complementaridade, deverá ser elaborado um Plano Operativo para os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 7º da presente Portaria.

§ 3º A necessidade de complementação de serviços deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde e constar no Plano de Saúde respectivo.

Em nenhum dos entes auditados há plano operativo para os serviços públicos de saúde, embora em parte deles haja plano operativo para a unidade de saúde cuja gestão será terceirizada. Nenhum dos entes menciona em seus respectivos planos de saúde a necessidade de complementação de serviços.

III

Partindo da noção das funções que devem ser desempenhadas pelo poder público com a transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde a entidades privadas, a equipe de auditoria definiu as seguintes questões de auditoria:

- a) o processo decisório de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para entidades privadas demonstra que esta é a melhor opção frente à prestação direta do serviço?
- b) o processo de qualificação e seleção da entidade privada é objetivo e garante que seja escolhida a mais apta a prestar o serviço?
- c) a formalização da parceria abrange os critérios necessários para garantir a prestação adequada do serviço e o seu controle?
- d) o controle da execução do contrato garante a devida responsabilização pelos resultados alcançados e a regular aplicação dos recursos?

Após examinar as informações e análises oferecidas pela equipe de auditoria, estou convicto de que a resposta é negativa para as quatro questões acima.

A terceirização das ações e serviços de saúde aumenta substancialmente a complexidade da implementação de políticas públicas. Para que seja capaz de coordenar, supervisionar, controlar e fiscalizar a execução dos contratos de gestão, o governo precisa estruturar-se e capacitar-se.

A auditoria verificou que, em regra, os auditados não se prepararam para suas novas atribuições. Com equipes reduzidas e sem a qualificação necessária, as prestações de contas e os resultados alcançados são examinados de forma superficial.

Nessas circunstâncias, há riscos evidentes de piora da qualidade dos serviços prestados e de desperdício e desvio de recursos públicos.

Nenhum dos entes auditados expôs os fundamentos da decisão pela terceirização dos serviços de saúde. O fato de se tratar de ato discricionário não exime a Administração de motivar a decisão tomada.

O administrador, no exercício do poder discricionário, está obrigado a consignar, de forma **expressa e antecipada**, a motivação do ato, inclusive os critérios utilizados, sob pena de nulidade. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (*In Curso de Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 368-369):

"Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, 'fabricar' razões lógicas para justificá-la e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato."

Sobre o tema, assim se manifesta Juarez Freitas (*In Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-59):

"Como pondera Hartmut Maurer, 'a motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico, cercando-se, assim, de garantias suficientes. Ela serve, igualmente, ao cidadão que, graças à motivação e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e a conveniência de um recurso. Ela facilita, enfim, o controle jurisdicional, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal administrativo podem comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão.'"

Assim, nos autos do processo administrativo correspondente, **devem estar evidenciados os motivos que levaram a Administração a decidir pela transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para o terceiro setor.**

Como bem mencionado pela equipe de auditoria, estados e municípios deveriam realizar estudos específicos para cada unidade de saúde objeto de terceirização, contendo comparação, em termos de custos e produtividade, entre a gestão segundo o regime aplicável ao Poder Público e a gestão segundo o regime aplicável à entidade privada.

Verificou-se, entretanto, que nenhum dos entes auditados demonstrou ter realizado estudos antes de transferir o gerenciamento das unidades de saúde a entidades privadas. Em todos os casos auditados, a terceirização foi levada a efeito sem elementos que permitissem concluir que traria melhores resultados do que os anteriormente obtidos.

