

Impossibilidade de terceirização do serviço de saúde através de licitação.

Proc. Nº 2006.002.09736

Recurso de Agravo

Agravante: Município do Rio de Janeiro

Agravado: Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro — SINMED/RJ

Parecer do Ministério Público

Liminar que impede licitação para terceirização de funções inerentes a cargos públicos e serviços essenciais. Política Pública de Saúde. Descentralização. Impossibilidade através de licitação. Necessidade de submissão à regra geral da lei federal. Imposição de criação de Fundação de Apoio , Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou Organização Social. Impossibilidade de contratação para funções próprias de cargos públicos de médicos. Afronta aos princípios do art. 37 da Constituição da República. Possibilidade através de contrato de gestão, nos termos da lei federal 9.790/99. Necessidade de submissão ao princípio da legalidade. Ausência de fumus bonni iuris e periculum in mora, que no caso , foi criado pelo próprio Município ao adotar procedimento à revelia da lei. Manutenção da decisão.

Egrégia Câmara,

O agravante insurge-se contra a interlocutória de fls.38/40, que deferiu liminar, para suspender o procedimento licitatório de concorrência pública, para contratação de pessoas , em detrimento de outras já aprovadas em concurso público, cuja data de abertura dos envelopes está prevista para o dia 13/03/06, às 14:00 hs.

Sustenta em suas razões, que (fls. 2/33):

1) a Constituição da República prevê a terceirização nos arts. 197 e 199, parágrafo 1º :

Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também , por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199 - § 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Sendo jurídica a contratação buscada;

2) no mesmo sentido a Lei 8.080/90:

Art. 1º – Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Sendo que o art.4º da mesma lei, prevê no seu § 2º que: “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar;

3) a lei que autoriza o terceiro a executar todo o serviço, evidentemente não nega que o terceiro se limite a administrar o hospital público, não cabendo interpretação restritiva face a disjuntiva “ou” do art. 197;

4) o objeto da licitação é a “contratação de pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, para prestação de serviços de execuções das ações e serviços programados para o hospital municipal, Ronaldo Gazzola, operacionalização de 9 equipes do programa de saúde da família e operacionalização e administração do Centro de Serviços...” , não deixando o Município, de ser o responsável pela fiscalização e análise de produção do hospital;

5) a prática tem revelado a impossibilidade de fixação de servidores, sobretudo médicos, detentores de matrícula municipal, caracterizando assim a situação de indisponibilidade de meios oficiais;

6) estão presentes os requisitos da Constituição e da Lei do SUS: execução através de terceiros; contrato de direito público através de licitação; insuficiência de meios oficiais para o atendimento da população da área;

7) a competência privativa do Prefeito e a direção pela Secretaria de Saúde condicionam a interpretação da participação da comunidade, prevista no art. 198, inciso III da Constituição Federal e dos Conselhos de Saúde previstos na lei nº 8.142/90, o que afasta a posição contrária do Conselho de Saúde em relação a terceirização;

8) a União não tem liberdade de financiar ou não a saúde, posto que as verbas são vinculadas, e de repasse obrigatório;

9) o Ministério da Saúde não se opôs à iniciativa municipal, o que demonstra que o Ministério Público está querendo administrar em substituição ao Município;

10) não há exigência de lei complementar para a terceirização da gestão, sendo que, face a ausência de lei, observou-se a lei federal nº 9.637/98, que trata das Organizações Sociais sem fins lucrativos, a serem especialmente qualificadas pelo Poder Público, para ulterior contratação através de parceria;

11) a lei possibilita a contratação direta da organização social, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XXIV da Lei 8.666, não havendo que se falar em lei autorizativa, pois o contrato de gestão se assemelha ao previsto para organizações sociais;

12) os concursados são em número insuficiente para atender as necessidades do hospital, com defasagem de mais de 900 profissionais, sendo que, na terceirização, os prestadores de serviço não ocupam cargos públicos;

13) em São Paulo foram terceirizados 18 hospitais na capital e região metropolitana, sendo demonstrado que foram realizadas 42,8% internações à mais, do que os da administração direta, a um custo 24,3% menor, o que também ocorreu na Bahia;

14) a execução indireta foi regulamentada pela Portaria nº 358/06, do Ministério da Saúde;

15) está presente o perigo na demora, face a suspensão do procedimento, que visa inaugurar as atividades do hospital de acordo com o seu cronograma para atendimento da população carente da região;

16) a medida interfere na autonomia financeira do ente municipal bem como agride o princípio da separação dos poderes e as regras da lei de responsabilidade fiscal.

Foram dispensadas as informações pelo ilustre Relator, sendo certificado o decurso *in albis* para a agravada se manifestar (fls.554 e 555).

Vejamos a quem assiste razão.

O redimensionamento do conceito de cidadania com a democracia participativa, e a necessidade de diminuição do tamanho do Estado, de forma a possibilitar abertura de espaços de participação à sociedade civil e ao mercado, determinam a criação de um espaço público não estatal, onde os indivíduos possam perfazer-se, realizar-se.

Isso acarretou a criação de várias fundações de apoio a universidades e hospitais públicos, que face a esta descentralização político-administrativa, puderam desenvolver parcerias com o setor privado, geradoras de receita para investimento no setor público.

A dificuldade de operar com a burocracia estatal e seus controles formais, determinou o aparecimento dessa estrutura descentralizada, e a partir dos seguimentos de interesses nas unidades públicas: classes de professores, funcionários, médicos, etc, foram constituídas fundações para este fim, com organismos colegiados (conselhos fiscal e curador) de controle participativo dos envolvidos.

Esta situação, determinou a edição da lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e suas fundações de apoio.

As fundações de apoio.

Art.1º - As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Embora o preceito se refira diretamente a “instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica”, este modelo tem sido adotado para instituições como hospitais federais e estaduais.

A extensão normativa é possível no âmbito dos Estados e Municípios, face a regra do art. 24 da Constituição da República, que comete a União a competência para estabelecer regras gerais (par.1º) e a do art. 25 ,par.1º da lei maior, que reserva aos “Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Aos municípios, (art. 30, inc.I), “legislar sobre assuntos de interesse local”.

Na ausência de lei contrária à regra geral permissiva, a possibilidade se apresenta às demais instâncias federativas.

Nessas entidades se substitui o controle estatal formal, pelo participativo dos segmentos políticos de interesses da entidade apoiada.

Os casos de dispensa de licitação.

Art.24- É dispensável a licitação (Lei das licitações, Lei nº 8.666, de 21.06.93, com a nova redação determinada pela Lei nº 8.883, de 08.06.94):

XIII- na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Portanto, nos casos de:

- 1.Pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional;*
- 2.Recuperação social do preso.*

Pode haver dispensa de licitação, e o requisito da inquestionável reputação ético-profissional sem fins lucrativos, tem sido suprido pelo atestado de regular funcionamento fornecido pelo Ministério Público, que requer a aprovação de contas e o controle finalístico da atividade.

XX- na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Da mesma forma, na contratação de portadores de deficiência física, onde o controle sobre o preço compatível com o praticado no mercado é realizado pelos órgãos colegiados da fundação, que autoriza a contratação.

É interessante notar que esta nova forma de controle é extremamente eficaz, pois esses organismos de deliberação colegiada, como instância política de exercício do poder, revelam sempre disputa de no mínimo dois grupos, o que lhe dá eficácia.

Forma de constituição, funcionamento e fiscalização.

Art.2º - As instituições a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

I- a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e de Processo Civil;

A fiscalização do Ministério Público pressupõe o controle finalístico das atividades, ou seja, o que a entidade tem desenvolvido como projetos de apoio institucional e desenvolvimento científico em cada ano ou exercício financeiro, e o controle da equação: receita-despesa-parcela de re-investimento e patrimônio imobilizado pela atividade não lucrativa.

A cada exercício financeiro o Ministério Público deve observar o equilíbrio nessa equação, com a ampliação de projetos, aumento do patrimônio imobilizado: aquisição de máquinas, bens móveis ou imóveis etc, ou a destinação da parcela de re-investimento para o exercício seguinte, ou mesmo a aplicação no mercado financeiro como fonte de custeio de outras iniciativas.

II- à legislação trabalhista;

Como entidade de direito privado, existe a possibilidade de contratação, nos termos da legislação trabalhista, dos funcionários em regime estatutário para a prestação de serviços nos projetos, desde que compatível com o horário estabelecido no regime especial.

Não são poucos os casos de contratação de profissionais no mercado pela fundação de apoio, no regime celetista, para cessão à entidade apoiada, sem ônus para esta.

III- ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bianualmente.

A medida é extremamente salutar e expressa controle sobre a moralidade administrativa na atividade descentralizada (art. 37 da C.R).

A grande viabilidade econômica, face a produção científica da entidade apoiada, tanto no caso de universidade quanto hospitais, pode levar a fundação a desviar-se de seus fins, para converter-se em uma empresa "chapa branca", com o desvio da parcela de re-investimento para o benefício dos envolvidos ou

até associações parceiras. Esses casos, revelam ineficiência do controle colegiado por conluio ou omissão.

Art.3º - Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I- observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços.

A legislação separa o que é receita gerada pela atividade privada descentralizada, da pública repassada para desenvolvimento de projetos, e nesse caso, a submete aos mesmos preceitos aplicáveis a receitas de orçamento.

Nos serviços, não se incluem os pagamentos para desenvolvimento de projetos através da modalidade de trabalho temporário (lei 9.601/98), mas apenas aos serviços contratados, que neste caso, se submetem a licitação.

A razão é muito simples, como regra limitativa da atividade privada, deve ter interpretação restritiva, pois do contrário, se inviabilizaria as vantagens da descentralização, que em última análise, tem por finalidade gerar agilidade e diminuição de custos, ou mesmo a possibilidade de ações de desenvolvimento sem a criação de quadros de pessoal, que oneram cada vez mais as autarquias federais e estaduais, pois estamos falando de hospitais escola e universidade, em sua maioria.

II- prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

A imposição é decorrente do princípio da legalidade e moralidade administrativa impostos pelo art. 37 da Constituição da República¹. As verbas repassadas serão auditadas pelo Tribunal de Contas do respectivo ente federado que liberou os recursos e o desenvolvimento do projeto pelos organismos colegiados. Estamos, portanto, diante de um duplo controle.

III- submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

É evidente que as entidades contratantes devem fiscalizar o desenvolvimento do projeto contratado através de um cronograma para a liberação dos recursos.

IV- submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

Como afirmamos, as receitas liberadas são objeto de análise pelo Tribunal de Contas respectivo, que tratando-se de entidades federais de ensino, será o da União.

1. Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Para cada situação específica o seu órgão interno de controle.

Nesse sentido, a lei 9.790 de 23 de março de 1999, estabelece no seu art. 10, par.2º as cláusulas essenciais para os termos de parceria que especifica, e podem ser utilizadas nos convênios ou contratos realizados pela Fundação de Apoio, o que facilita a transparência e organograma de desenvolvimento do projeto com as etapas de liberação de receitas.

A participação dos servidores.

Art.4º - As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1º desta Lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

Note-se, que em todos os preceitos da lei se verifica a repetição exaustiva da necessidade de participação de órgãos colegiados tanto da administração da autarquia apoiada (administração indireta), como da fundação de apoio (atividade privada).

Antes desta forma de descentralização do Estado para a sociedade e o mercado, o profissional buscava complementação do seu salário, vendendo a tecnologia e a ciência produzida na universidade ou no hospital, para empresas ou particulares, sem que o Estado obtivesse nenhum ganho com isso. Com as fundações de apoio, os projetos são desenvolvidos através delas, e a remuneração engloba os profissionais do setor público pela atividade privada e a parcela de re-investimento é aplicada na entidade apoiada, que passa a usufruir de todos os benefícios do desenvolvimento da ciência produzida, bem como da participação na parcela de reinvestimento, que será aplicada na fundação ou na autarquia.

Par.1º - A participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta lei, autorizadas nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.

A descentralização faz questão de assegurar, que a atividade é de prestação de serviço e não cria vínculo empregatício. A modalidade de trabalho temporário deve ser a mais utilizada, ou , como o preceito indica, o pagamento através de bolsas de ensino, pesquisa e de extensão.

Essas atividades são isentas da cota patronal, devida ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o que representa economia de aproximadamente 27% sobre a folha de pagamentos dos profissionais envolvidos, e por via de consequência, maior reinvestimento no setor público não estatal ou mesmo na autarquia.

Par.2º - É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no caput durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a

colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no caput.

Outra preocupação clara é a preservação do servidor na sua atividade originária, com o cumprimento integral de seus deveres funcionais. Reafirma-se desta forma a descentralização, sem prejuízo da estrutura e atividade estatal.

Limitações para contratação.

Par.3º - É vedada a utilização dos contratados referidos no caput para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes.

A vedação se dirige a atender a exigência de concurso público para o suprimento de cargos na administração pública, e a impossibilidade de contratação para exercer atividades inerentes aos mesmos.

Uma coisa é contratar através da fundação de apoio para prestar serviço ao ente público, outra burlar o requisito do art. 37, incs, I e II da Constituição da República, contratando profissional no regime CLT para exercer atividade própria de cargo, emprego ou função pública.²

A independência das pessoas pública e privada.

Art.5º - Fica vedada às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta Lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.

A lei se preocupa em deixar bem clara a distinção e independência entre a autarquia e a pessoa privada que dá apoio. Como pessoa jurídica de direito privado, a fundação de apoio arca com todas as responsabilidades fiscais, trabalhistas e contratuais dos projetos desenvolvidos em parceria com o setor público.

Art.6º - No exato cumprimento das finalidades referidas nesta Lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas.

O instrumento legal próprio deve ser o termo de parceria de que trata a lei 9.790/99, que embora se dirija às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, se adequa plenamente a hipótese, pois suas cláusulas essenciais previstas no parágrafo 2º do art. 10, discriminam tudo que é necessário nesse tipo de parceria.

Outras formas de Fundação de Apoio a órgãos e instituições públicas e entidades privadas de ensino.

Esta forma de descentralização com controle participativo dos cidadãos envolvidos na entidade apoiada, tem sido muito utilizada por instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, ou mesmo Universidades privadas.

Possibilitam agilidade e desenvolvimento de parcerias com o mercado e a entidade apoiada e diminuem custos. Os controles formais impostos principalmente a instituições públicas, fazem as despesas sejam possíveis através de pronto pagamento, o que "engessa" qualquer agilidade de execução de atividades.

Em qualquer caso, as regras gerais devem ser aplicadas, com apenas a diferença que, no caso de Universidades privadas, não há obstáculos para contratações, pois não existem cargos, empregos ou funções públicas.

As Organizações Sociais.

As Organizações sociais são formas típicas de descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, no sentido de viabilizar ações conjuntas de políticas sociais. Englobam qualquer entidade que compõe o terceiro setor, como associações civis sem fins lucrativos e fundações.

Qualificação e requisitos.

Art.1º - 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.

O Poder Executivo declara quais entidades podem ser qualificadas como Organizações Sociais, e ao fazer isso, atesta esta situação e a conseqüente capacidade jurídica, ou seja, a de ser sujeito de direitos, para realizar parcerias com o Poder Público.

Devem ter como objetivos o ensino, a pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Todos esses conceitos devem ser interpretados em sua acepção mais ampla possível, pois como norma permissiva, ou que concede direitos, não admite interpretação restritiva, ainda mais se considerarmos, que são expressão do dever de cidadania responsável, da nossa democracia participativa.

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

I- comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

O estatuto é a lei que rege as relações do grupo, e seus objetivos vinculam todos à realização de suas finalidades. Assim, o primeiro passo é determinar natureza e objetivos.

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

É da essência da atividade não lucrativa o re-investimento do excedente financeiro na ampliação do imobilizado ou das atividades. É o que denominamos o patrimônio público não estatal, que agora vem expresso no próprio Código Civil. Note-se, que o sistema legal brasileiro discrimina basicamente dois tipos de entidades sem fins lucrativos: as que têm patrimônio privado, integralizado por capital dos beneficiários das atividades, como os clubes, e o público não estatal, expresso pela renúncia fiscal ou doações a essas entidades e que, em caso de dissolução, voltam para o Estado.

As fundações são constituídas através de um “fundo em ação” que pode ser expresso por propriedade material ou imaterial, como a tecnologia para o desempenho de determinada atividade. O seu patrimônio é da sociedade, em virtude da sua natureza.

Entretanto, a legislação específica cria outros tipos de entidades com patrimônio público não estatal, como as Organizações Sociais, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

Como entidade que se assemelha a natureza jurídica de uma fundação, que constitui originariamente ou em sua existência, um patrimônio público não estatal, as Organizações Sociais têm liberdade de constituição limitada a estabelecer formas de controle sobre a constituição desse patrimônio.

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

É requisito da OS a participação paritária Estado – Sociedade. Reafirma a lei a descentralização do Estado para a sociedade civil, e a democracia participativa da nossa cidadania responsável.

e) composição e atribuições da diretoria;

O estatuto é a lei que rege as relações das pessoas envolvidas na administração. Como tal, deve estabelecer a quantidade de membros de cada órgão colegiado e as atribuições que cada um tem na organicidade.

Em geral os estatutos prevêm uma estrutura pensante, normalmente não remunerada, pois se compõem de voluntários ou idealistas que pretendem desenvolver alguma atividade de bem estar coletivo. Já a administrativa

pressupõe carga horária e responsabilidades operacionais da gestão da entidade, o que a torna sempre remunerada, e em geral, o estabelecimento das atribuições, é feito através de regimento interno votado nas assembléias.

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão.

O dever de transparência é da essência da democracia e princípio básico da descentralização de atividades do Estado para o 3º setor. O contrato de gestão deve ser desenvolvido através de um cronograma de evolução, buscando dar transparência ao binômio: receita-resultado obtido.

Como a atividade é não lucrativa, os relatórios financeiros devem esclarecer a equação: receita-despesa-patrimônio imobilizado e parcela de re-investimento do exercício financeiro. Através do contraste por exercícios, se pode visualizar se houve apropriação do patrimônio público não estatal, para fins privados.

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

O artigo demonstra uma preocupação com a essência da atividade, que é expressão de cidadania participativa. Desta forma, as associações não lucrativas devem ser abertas à sociedade civil.

Esta preocupação deve estar presente quando da elaboração de estatutos, e não apenas quando houver a finalidade de qualificar a entidade como Organização Social.

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

Reafirma a lei a distinção entre o patrimônio público não estatal e o privado. Tudo que é parcela de re-investimento decorrente de renúncia fiscal ou do excedente do contrato de gestão, deve ser aplicado no desenvolvimento das atividades ou na ampliação do patrimônio imobilizado, incluída a parcela de re-investimento do exercício anterior. Como entidade tipicamente não lucrativa, diversa de outras como os clubes, onde se pode encontrar o patrimônio privado, integralizado pelas contribuições dos associados, e o público não estatal, expresso pela renúncia fiscal da natureza não lucrativa, qualquer participação na distribuição de bens ou do patrimônio líquido constitui improbidade, passível de punição pela lei 8.429/92, face inobservância do dever cidadão, de não submeter o interesse público ao privado, que é da essência da atividade.

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Como patrimônio público não estatal, os legados, doações e excedentes financeiros, aí incluídos a parcela da renúncia fiscal incorporada ao patrimônio, devem ser repassados a outra entidade de natureza igual e com atuação na mesma área, meio ambiente, educação etc.

Como descentralização de qualquer ente federado para a realização de ações e políticas sociais, a OS deve reverter ao ente respectivo o volume de recursos excedentes e os bens alocados para a execução dos projetos.

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.

Como descentralização de políticas públicas em parceria com a sociedade civil, a criação de uma OS depende sempre da chancela do Estado ou Município na área respectiva. Não haveria razão de se instituir uma associação civil sem a correspondente integração em programas e projetos do governo, até porque, como vimos, sua constituição e qualificação, depende de gestão compartilhada entre integrantes do governo e da sociedade.

Os preceitos dessa lei podem ser estendidos aos demais entes federados por força da competência da União para estabelecer normas gerais nos termos do art. 24 da Constituição da República,³ pois as OS se dirigem a atividades na área do ensino,

3. Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico , proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art.1º).

O Conselho de Administração.

Art.3º - O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I- ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidade da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

Como descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, a OS deve expressar os segmentos de interesses do Governo e da Sociedade, parceiros na determinada área de atuação. Na constituição da OS, há a possibilidade de transformação de uma associação civil já existente ou a sua criação com a participação de grupos, classes, categorias, ou mesmo uma associação civil integrando sua constituição originária. De qualquer forma, deve-se observar os percentuais de participação desses seguimentos de interesses no momento da instituição.

Essa composição se refere a estrutura pensante, ou seja, o organismo colegiado que pensa o desenvolvimento dos projetos e objetivos para os quais foi instituída a OS.

II- os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

A periodicidade dos governantes é princípio básico do nosso sistema republicano , e desta forma, deve ser observado pela OS, pois como entidade que expressa patrimônio público não estatal e instituída para servir à coletividade, não pertence a determinado grupo de pessoas e sim à sociedade com um todo.

III- os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

O controle político da OS deve ser exercido pelo grupo, classe ou categoria que, em parceria com o Estado, desenvolve as atividades de políticas

públicas, por isso a exigência de mais de 50% de representatividade nos organismos colegiados.

IV- o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

O prazo de dois anos é estabelecido para a primeira composição iniciar as atividades e organizar a entidade para a efetiva participação de todos os segmentos envolvidos. Após, devem ocorrer eleições para a melhor e maior participação não só daqueles que instituíram a OS, mas de outros segmentos que tenham se agregado às suas atividades.

V- o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto;

Como a composição da OS reserva percentual maior para integrantes do governo, (art.3º,inc. I letra "a" – 40%), parece salutar a vedação de voto ao presidente da entidade, de forma a permitir maior participação social na escolha das prioridades das ações que serão desenvolvidas.

VI- o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

Como exercício de democracia participativa, as reuniões expressam a ocorrência ou não da participação dos segmentos envolvidos na atividade. Daí a razão da imposição de no mínimo três reuniões anuais.

VII- os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII- os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Exige-se na OS a separação completa entre a estrutura pensante e a operacional, não se admitindo a cumulação de funções entre ambas. Desta forma, os conselheiros apenas determinam as prioridades, metas e formas de atuação e desenvolvimento de parcerias, que serão executadas pelos profissionais contratados ou voluntários da estrutura operacional. Todas essas atribuições são discriminadas a seguir.

Art.4º - Para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I- fixar o âmbito de atuação da entidade, para a consecução do seu objeto;

II- aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III- aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV- designar e dispensar os membros da diretoria;

V- fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI- aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII- aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII- aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX- aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X- fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com auxílio de auditoria externa.

É importante reafirmar, que o Conselho de Administração como órgão de direção máximo, é quem fixa a remuneração, valores a serem pagos, decide sobre demissões ou tudo mais que diga respeito a gestão da entidade. Tudo isso deve constar do estatuto, sendo que os procedimentos internos serão discriminados do regimento da entidade.

O contrato de Gestão.

Art.5º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às relacionadas no art. 1º.

O instrumento que formaliza a parceria é denominado “contrato de gestão”, essencial ao desenvolvimento das atividades, e deve ter manifestação dos organismos colegiados da OS e do Poder Público contratante.

Art.6º - O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único - O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Como ato composto pela vontade da pessoa jurídica de direito privado e o poder público, o contrato exige a manifestação de ambas as partes, e esta participação, além de configurar dever de cidadania, é essencial para a validade do contrato, pois sem a anuência de todos é ineficaz, ou seja, não produz efeitos jurídicos.

Art.7º - Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

Como atividade pública não estatal, descentralizada do Estado para a sociedade civil organizada, são aplicáveis os mesmos princípios impostos à

Administração Pública, estrito senso, previstos no art. 37 da Constituição da República, posto que a atividade é também expressão de democracia participativa e via de consequência, dever de cidadania.

I- especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II- estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício, de suas funções.

Parágrafo único – Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

O contrato de gestão tem procedimento semelhante ao utilizado pelas OSCIP's, conforme o art.10 da lei 9.790/99. A regra básica é a transparência e o desenvolvimento do projeto com a correlação receita recebida – resultado alcançado, dentro de prazos que permitam a visualização do desempenho.

Pela vedação imposta aos membros do Conselho de Administração, o termo “dirigentes” do inciso II, deve ser interpretado de maneira restritiva, determinando que se refere aos profissionais da estrutura operacional da OS.

Essas cláusulas devem ser entendidas como essenciais ao contrato de gestão, pois a atividade se vincula aos princípios do art. 37, como vimos.

Portanto, sua inobservância afronta os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, determinantes da responsabilidade cidadã da lei de improbidade (Lei 8.429/92) e a nulidade do contrato, que tem efeitos ex tunc, só gerando efeitos jurídicos aos terceiros de boa-fé.⁴

A execução e fiscalização do contrato de gestão.

Art.8º - A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Ao Estado regulador cabe a tarefa de supervisionar a descentralização de suas atividades para o mercado e a sociedade civil através de Organizações Sociais. A tarefa é afeta ao Ministério, Secretaria ou órgão parceiro da OS.

Ao Tribunal de Contas do ente federado, representado pelo órgão da administração direta, caberá a fiscalização sobre a verba repassada para

4. Para maior aprofundamento sobre as nulidades dos atos administrativos e seus efeitos, ver nosso Direito Público – Temas Polêmicos, Editora Freitas Bastos.

desenvolvimento da parceria. Este tipo de controle concomitante, principalmente o participativo dos órgãos colegiados da OS, aumenta o espectro de pessoas responsáveis pela correta aplicação dos recursos e traz mais transparência ao controle da moralidade administrativa. Vale a pena repetir, que todos os envolvidos exercem dever cidadão, o que torna a omissão relevante, em caso de desídia.

Art.9º - Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou de bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Este dever jurídico decorrente da cidadania, é reafirmado no preceito do art. 9º, que com base nele, estabelece a responsabilidade solidária de todos que não o observem. Quando falamos em dever jurídico, nos referimos à exigência de um comportamento pela lei, e no nosso caso, pela Constituição, (Art. 37 da C.R.), independentemente da exigência de qualquer pessoa, e que decorre do sistema de democracia participativa e cidadania responsável. No caso, a solidariedade advém da natureza do dever de cidadania, que impõe a todos um atuar pró-ativo, transformando a inércia, em responsabilidade comissiva por omissão.⁵

As únicas possibilidades de fugir do dever de denunciar irregularidades aparentes na execução do contrato, é provar a ocorrência de caso fortuito e força maior, ou seja, o conhecimento e a não comunicação foram decorrentes de situações imprevisíveis ou inevitáveis.⁶ Nota-se, que a Lei das OS's segue o mesmo sistema de responsabilidade objetiva do agente público, lato sensu, que inobserva o dever de probidade imposto pelo art. 37 da Constituição da República, da mesma forma que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Art.10 - Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de

5. Quanto ao conceito de dever jurídico "é a necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa. Por vezes ela exige a prestação independentemente da vontade de quem quer que seja; de outras vezes a obrigação de fazer corresponde ao direito de exigir de outrem. A todo o direito corresponde um dever, mas a recíproca não é verdadeira: há deveres criados por lei independentemente de exigência de qualquer pessoa. Assim, por exemplo: o dever de pagar o aluguel corresponde ao direito do locador; mas o dever do médico de comunicar certas doenças (CP, art. 269) é imposto em lei independentemente da vontade de quem quer que seja". Hélio Tornaghi, A Relação Processual Penal, p.59.

6. Força maior é o acontecimento inevitável, aquilo a que não se pode resistir (*cui resisti non potest*). É famosa a definição de Gaio encontrada na Lei I, parágrafo 4º do L. 44, Tit. 7º do Digesto: "*Vis maior est cui humana infirmitas resistere non potest*": força maior é aquela a que não pode resistir a fraqueza humana. Uma inundação, um incêndio, uma guerra, um naufrágio, são circunstâncias de força maior. Nessa inevitabilidade reside a característica da força maior e nisso ela se distingue do fato casual, do acaso ou caso fortuito, que é o sucesso imprevisível. Ulpiano definia o fortuito como o caso que não pode ser previsto por nenhuma consideração humana: "*Fortuitus casus est, Qui nullo humano consilio praevideri potest*" (1,2 D.50,8). Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol.II,p.320.

malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

O preceito repete o art. 16 da lei 8.429/92, e se refere a medidas judiciais de natureza cautelar, para possibilitar a devolução de bens ou recursos que foram desviados de sua afetação ao projeto ou ao patrimônio público não estatal, aí incluída qualquer parcela de re-investimento decorrente de renúncia fiscal ou excedente dos recursos gerados com a atividade.

Permanece o dever jurídico de provocar o Poder Público para as medidas cabíveis, que na esfera dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclui os Ministérios Públicos dos Estados.

Adota-se o mesmo sistema de responsabilidade da lei de improbidade, fundada em dever jurídico de não submeter o interesse público ao individual.

Par.1º - O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos art. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

Par.2º - Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos usados internacionais.

Os dois parágrafos são repetição literal dos de mesmo número do citado artigo 16 da lei de improbidade, apenas com a substituição da expressão "indiciado" por "demandado" e "usados" por "tratados". São medidas que visam assegurar a possibilidade da restituição dos valores e bens desviados. Todas, por esta natureza, são instrumentais ou assecuratórias e se destinam a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demora da providência definitiva, e que poderia tornar ineficaz a condenação dos envolvidos em ressarcir o erário e a entidade lesada.

Par.3º - Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

A natureza da OS como entidade pública não estatal, determina a situação do Poder Público ser o depositário e gestor dos bens e valores seguros pela medida instrumental. Também como atividade descentralizada do Estado para a sociedade civil organizada, cabe ao Poder Público a responsabilidade pela continuidade do desenvolvimento das atividades de interesse público.

Conclusão.

Como podemos ver, a descentralização do serviço pelo Município, não pode ser realizada da forma pretendida (licitação), pois as leis federais que

atuam como regras gerais, no caso, o submetem às suas formas estruturais.

Nem tampouco se podem substituir cargos próprios da administração pela contratação terceirizada, de forma a afastar a exigência de concurso público.

Na própria relação de atividades descritas na inicial, se verifica a existência de vários cargos de médicos que seriam contratados da empresa terceirizada (fls.29/32).

Portanto, não tem amparo legal a licitação pretendida pelo Município, que deve observar o princípio da legalidade, vinculando seu atuar às leis federais que regulamentam a descentralização de atividades na área da saúde.

Ausente a observância do princípio da legalidade, por conseqüência afastada a fumaça do bom direito e o perigo na demora, mérito da cautela, que neste caso foi criado pelo Município ao não observar a forma legal imposta na lei.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da decisão por acórdão de igual teor.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2006.

Luiz Fabião Guasque
Procurador de Justiça