

## VOTO

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

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

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

## II

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

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

## III

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

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

## IV

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

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

10. As organizações sociais surgiram, no Brasil, no final da década de 90, com a chamada “reforma do Estado”. O intuito era desburocratizar o Estado, transferindo para a iniciativa privada certas atividades exercidas pelo Poder Público, a fim de tornar a prestação de serviços públicos mais eficiente e eficaz.

11. Na concepção do modelo, o Poder Público formaria parcerias com determinadas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com o objetivo de fomentar e executar atividades de interesse mútuo.

12. A sistemática foi instituída por meio da Lei 9.637/1998, que dispõe sobre a “qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sócias, e dá outras providências”.

13. Consoante o art. 1º do referido diploma legal, “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

14. Do dispositivo, extrai-se que “organização social” é um título concedido pelo Poder Público a algumas pessoas jurídicas de direito privado que atendam a determinados requisitos. A concessão desse título viabiliza a formação de parceria, na qual o Poder Público auxiliará a pessoa jurídica na execução de atividades que são de interesse recíproco, por meio da transferência de recursos e bens públicos e da cessão de servidores.

15. De acordo com o art. 5º da Lei 9.637/1998, o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação da mencionada parceria. Nesse contrato, devem ser discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, bem como estipulados metas e critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de qualidade e produtividade, entre outros pontos (art. 6º e 7º da Lei).

16. Verifica-se que o modelo, em si, não representa um mal à prestação de serviços públicos, uma vez que o Estado se desincumbe de determinadas atividades, mas controla a qualidade e a eficiência de sua execução por meio da fixação de metas e obrigações e da fiscalização do seu cumprimento.

17. Ocorre que, na prática, o modelo, por vezes, vem sendo usado de forma incorreta ou ilegal. Há casos em que os títulos de organização social são concedidos a pessoas jurídicas que não detêm os requisitos legais para qualificação, ou de organizações sociais contratadas sem a devida estipulação de metas e critérios de avaliação, que prestam serviços de baixa qualidade, ou de entidades que são criadas com o fim específico de desviar recursos públicos federais, entre outras irregularidades.

18. É preciso, no entanto, não confundir a utilização incorreta do modelo com sua inconstitucionalidade.

19. Como bem afirmado pela SecexSaúde, o STF já se posicionou sobre a constitucionalidade da Lei 9.637/1998, na ADI 1923, dando-lhe interpretação conforme a Constituição, nos termos descritos no relatório que antecede este voto. Consequentemente, a Corte Constitucional ratificou a possibilidade de contratação pelo Poder Público de organizações sociais, por meio de contrato de gestão, para a prestação de serviços públicos de saúde.

20. Naquela ação, ficaram assentes, dentre outros, os seguintes entendimentos:

“1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as majorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista

possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que ‘são deveres do Estado e da Sociedade’ e que são ‘livres à iniciativa privada’, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de ‘organização social’, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

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 principiológica constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar

critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos

inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”

## V

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

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

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

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

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

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

## VI

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

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

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

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

Ministro BRUNO DANTAS  
Relator