

VOTO

Cuida-se de Solicitação do Congresso Nacional (SCN), decorrente do Requerimento 26/2016 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS), no qual se busca “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 primeira parte da solicitação foi atendida por meio do Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, que consignou *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

9.2.3.3. a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.6. declarar parcialmente atendida a solicitação.”

3. Desta feita, examina-se o segundo ponto do pedido, que recai sobre a forma de contabilização dos pagamentos realizados a organizações sociais contratadas pelo poder público na área de saúde para fins de verificação dos limites com gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF).

4. No requerimento, ressalta-se que a matéria é controversa, uma vez que o 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 fins 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.

5. A CAS pede, então, o auxílio desta Corte a fim de que o Congresso Nacional disponha de elementos para conhecer e deliberar sobre a matéria.

II

6. Tratando-se de assunto afeto a responsabilidade fiscal, o Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, por meio do subitem 9.5., determinou a remessa dos autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental deste Tribunal (Semag) para instrução.

7. Em linhas gerais, a Semag informou que não havia jurisprudência desta Corte firmada sobre a matéria e discorreu sobre os riscos da não contabilização de despesas com organizações sociais para fins de apuração dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A unidade trouxe, ainda, dados a respeito do montante de gastos da União e, especificamente, do Ministério da Saúde, em 2015, com pessoal e com entidades privadas sem fins lucrativos, demonstrando que esses últimos são de baixa materialidade.

8. Ao final, propôs, em essência, informar à requerente que:

a) não há, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), entendimento firmado sobre a matéria;

b) para que se firme tal entendimento, faz-se necessária uma discussão prévia com os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;

c) compete ao Congresso Nacional avaliar a oportunidade de dispor sobre a matéria de forma expressa em lei complementar, de modo a uniformizar a aplicação da norma geral de finanças públicas em toda a Federação, considerando o risco de colapso financeiro (no caixa dos entes subnacionais) decorrente de contratações indiscriminadas de organizações do Terceiro Setor para prestar serviços públicos;

d) a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União pode regulamentar, de forma expressa, o cômputo das despesas com pessoal das organizações sociais, apenas para fins de apuração do limite, sem alterar a natureza da despesa, à exemplo da sistemática regulamentada pelo art. 18, § 1º, da LRF, consideradas as diretrizes fixadas pelo art. 99 da Lei 13.080/2015 (LDO- 2015), cujo texto se reproduz no art. 105 da Lei 13.242/2015 (LDO-2016).

9. A Semag propôs, ainda, fixar prazo de quinze dias para que os Ministros da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão se manifestem sobre a análise empreendida nestes autos.

III

10. Conforme bem anotado pela Semag, de fato, este Tribunal ainda não firmou entendimento explícito sobre a necessidade de contabilização dos pagamentos realizados pela União a organizações sociais contratadas por meio de contrato de gestão, para fins de apuração dos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000 (LRF).

11. Verifico, todavia, que, nos processos em que esta Casa se pronunciou sobre a observância ao art. 20 da LRF, foram consideradas para verificação do atendimento ao limite, além dos gastos corriqueiros com pessoal (art. 18, *caput*, da LRF), apenas as despesas com contratação de pessoal por tempo determinado e de mão de obra terceirizada quando caracterizassem substituição de servidores e empregados públicos (Ex.: Acórdãos 2118/2016, 2.884/2015 e 3.239/2013, todos do Plenário).

12. No relatório que embasou o Acórdão 3.239/2013 - TCU - Plenário, acima citado, restou consignado que a contratação de organizações sociais não se sujeita aos limites com gastos de pessoal impostos pela LRF, conforme o seguinte trecho:

“Os próprios dirigentes da fundação extinta seriam os dirigentes da OS, razão pela qual a publicização dificilmente apresenta o caráter de fomento a entidades privadas sem fins lucrativos na prestação de serviços de relevância pública, mas sim a busca do poder público por maior flexibilização no gerenciamento de seus próprios serviços, deixando de se sujeitar às regras de concurso público, de licitação, **dos limites com gastos de pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) etc.**” (destaco)

13. Não existem, portanto, deliberações desta Corte que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

14. Tal cenário se coaduna com a legislação em vigor. Observem-se os dispositivos legais que tratam do assunto:

Lei Complementar 101/2000 (LRF)

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

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

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.” (destaco)

Lei 13.242/2015 (LDO 2016)

“Art. 105. Para apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

§ 1º As despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado a que se refere o *caput*, quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, deverão ser classificadas no GND 1, salvo disposição em contrário constante da legislação vigente.

§ 2º O disposto no § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1.”

15. Releva notar que, quando o legislador quis acrescentar situações controversas ao cálculo dos limites com pessoal, ele o fez explicitamente nos normativos legais.

16. Embora seja natural o ímpeto de querer dar soluções para o que se vê ser um problema, o julgador não deve esquecer-se dos limites de sua competência.

17. Traçar uma analogia entre terceirização de mão de obra e contratação de organização social, com o intuito de ampliar o alcance do art. 18, §1º, da LRF, ou do art. 105 da LDO 2016, não me parece ser a melhor hermenêutica, pois os dois institutos possuem natureza completamente distintas. O primeiro visa tão somente suprir a contratante de mão de obra, enquanto que o segundo tem a finalidade de transferir determinadas atividades para o setor privado, visando a parceria no atingimento de metas.

18. O conceito de contrato de gestão firmado com organizações sociais está positivado no art. 5º da Lei 9.637/1998, a saber:

“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 áreas relacionadas no art. 1º.**” (destaco)

19. Frise-se que dois pontos característicos do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais são a “parceria” e o “fomento”, o que o distingue de mera contratação de mão de obra.

20. Os dados levantados por meio do TC 013.276/2015-8, constantes no quadro do subitem 83 do relatório precedente, corroboram tal diferença, na medida em que demonstram que a alocação de recursos com “pessoal e encargos” das sete organizações sociais contratadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) é, em média, 37% do total de gastos, não superando, em nenhum caso, 46%. Em outras palavras, se o objetivo maior fosse a contratação de mão de obra, esses gastos certamente superariam 50%.

21. Por fim, os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados.

22. Embora, na prática, o Tribunal tenha observado, em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização o fosse.

23. Mais uma vez, venho a salientar que o mal uso do instrumento não deve confundir o intérprete do Direito. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios. Foi com esse espírito que o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou na ADI 1.923:

“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 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.”

24. Destarte, é preciso ter cautela para que esta Corte não crie entraves que a lei não prevê e dificulte a atuação do gestor.

25. O art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado. Assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.

26. Conforme decidido pelo Plenário do TCU no Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, é de todo recomendável, especialmente em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à 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.

27. Embora seja necessário fundamentar a opção pela adoção do modelo de parcerias com organizações sociais, é preciso 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, sendo certo que a experiência de outras unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado.

28. Não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo, conforme esmiuçado pela unidade instrutora. Ao não fazer parte dos limites impostos pela lei, as contratações excessivas de organizações sociais para prestação de serviços públicos, seja na área da saúde, ou em qualquer outra seara, podem levar a um colapso financeiro do ente público. Isso porque, ao prestar os serviços por outros meios, os gastos com pessoal do ente público tendem a diminuir, aumentando a margem para atingimento do limite de 60% da receita corrente líquida (RCL). Tal margem pode ser preenchida com aumentos sucessivos da remuneração de servidores e/ou empregados, o que se mostra de difícil reversão. Ao mesmo tempo, as despesas com organizações sociais passam a disputar a parcela de 40% da receita corrente líquida destinada a despesas de custeio, dívida pública e investimentos.

29. Portanto, diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais.

30. Por fim, deixo de acolher a proposta da unidade instrutora no sentido de fixar prazo para que os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão se pronunciem sobre a matéria, tendo em vista que a presente solicitação demanda apenas a manifestação desta Corte, não se mostrando necessária, a meu ver, consulta aos referidos ministérios.

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 21 de setembro de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator