



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO- USP

Seção: Artigos Científicos

Atuação das organizações sociais de saúde no estado de Pernambuco: uma análise sobre os impactos da ADI 1923 no concernente ao controle das instituições

Health social organizations action in Pernambuco: an analysis about the impacts of the DUA no 1923 relative to the institutions control

Cecília Freitas Gomes

Resumo: O trabalho aborda as Organizações Sociais, que são entidades que atuam paralelamente ao Estado, fornecendo serviços semelhantes aos ofertados na esfera estatal. Para tanto, é necessária realização de contrato de gestão com o Poder Público, sendo prevista na Constituição Federal de 1988 a possibilidade de dispensa de licitação na contratação. Inclusive, há uma ADI que questiona tal previsão. Mister analisar as implicações de tal dispensa nos contratos e o controle realizado quando existem irregularidades no processo. Figura como objetivo da pesquisa analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 e a repercussão desta quanto à instituição de Organizações Sociais cujo objetivo principal é a obtenção de lucro, desrespeitando, assim, o que é disposto pela lei específica, bem como o processo de controle para combater tal prática nas Organizações sociais em saúde em Pernambuco.

Palavras-chave: Organizações Sociais; serviços de saúde; dispensa de licitação; (in)constitucionalidade; controle.

Abstract: This work approaches the Social Organizations, entities which work in parallel to the State providing similar services to the ones offered in the sphere of government. For this purpose, it is necessary the execution of a management contract with the Public Power. The possibility of waiver of bid is foreseen by the Federal Constitution of 1988. Moreover, there is a Direct Unconstitutionality Action that questions this legal provision. Therefore, it's necessary to analyze the implications of such waiver in the management of contracts and in the control that is carried out when there are irregularities in the process. The aim of this work is to analyze the DUA in the judgment no1923 and its repercussion about the establishment of Social Organizations whose main objective is the sake of profit, thereby contravening what is disposed by the specific law, as well as the control process to combat such practices in Social Health Organizations in Pernambuco.

Keywords: Social Organizations; health services; waiver of bid; (un)constitutionality; control.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n1p175-199>

ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE NO ESTADO DE PERNAMBUCO: UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DA ADI 1923 NO CONCERNENTE AO CONTROLE DAS INSTITUIÇÕES.

*Cecília Freitas GOMES**

Sumário: 1 Introdução; 2 A dispensa de licitação no contrato de gestão das organizações sociais: possível inconstitucionalidade; 3 O controle dado às organizações sociais no estado de Pernambuco: irregularidades pertinentes ao sistema; 4 Uma análise sobre os contratos de gestão do IMIP-HOSPITALAR; 4.1 Análise dos contratos de gestão das O.S. IMIP-Hospitalar à luz do julgado pelo STF na ADI 1923; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Diante do cenário de Reforma Administrativa do Estado inicialmente proposto em 1995, houve uma maior preocupação com a delegação da prestação de serviços realizados precipuamente pelo Poder Público, por meio de seus órgãos, para instituições privadas que pudessem realizar tais serviços em áreas como saúde, educação, meio ambiente e pesquisa científica.

Nesse ínterim, foi editada a lei 9.637/98, que rege as chamadas Organizações Sociais, entidades privadas, que assumem a prestação dos serviços retro mencionados, desde que cumpram os requisitos estabelecidos na própria lei, recebendo assim dotação orçamentária, cessão de servidores e bens públicos para realização do serviço.

Faz-se mister salientar que a transferência das funções desempenhadas pelo Poder Público para entidades privadas não o desabona da qualidade de fiscalizador, bem como de mantenedor da qualidade dos serviços prestados à comunidade. Prova disso é a previsão legal, expressa no art. 6º, da Lei 9.637/98, de que o contrato de gestão entre as entidades e o Estado deve fixar as metas a serem atingidas com a parceria, assim como o controle dos resultados.

Ocorre que, na prática relativa a esse tipo de contrato, ainda pairam muitas dúvidas quanto à forma de fiscalização, fato que acaba por dificultar a transparência e a eficiência na produção de resultados. A Lei 9.637/98 preconiza, em seu art. 8º, caput, que a fiscalização do contrato será feita “pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente a atividade fomentada”, ao passo que o art. 9º do referido texto legal, aduz que somente em caso de irregularidade ou ilegalidade

*Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida - Asces/Unita (2018).

na utilização dos recursos ou dos bens públicos é que os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão darão ciência ao Tribunal de Contas. Consoante a esse dispositivo é a clara intenção do legislador de oferecer o espaço da Corte de Contas como uma “casa revisora” da fiscalização desempenhada pelo órgão responsável.

Surge então o questionamento acerca desse modelo de fiscalização e controle imposto pela lei, posto que não parece razoável, de acordo com os princípios que regem a Administração Pública, que o órgão que contrata as entidades privadas seja, na grande maioria das vezes, o mesmo órgão que as fiscaliza.

Outra questão pertinente ao estudo que ora se apresenta é a hipótese constitucional de dispensa de licitação quando do processo de contratação com tais entidades, prevista no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna de 1988 e corroborada pelo art. 24, inciso XXIV da Lei 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Sendo tal dispositivo eivado de possível desrespeito a princípios constitucionais na hipótese mencionada, a exemplo do princípio da impessoalidade, foi instaurada Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 1998, que questiona tal previsão. À luz do que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a ADI 1923, que questiona, entre outros pontos, a falta de legitimidade na transferência dos serviços públicos a entidades que submetem-se ao Regime de Direito Privado, a pesquisa pretende analisar as repercussões do entendimento da Suprema Corte no caso em questão, no que concerne aos contratos realizados pela Administração Pública pernambucana, notadamente, com a Fundação Martiniano Fernandes, O.S IMIP hospitalar, e qual o impacto da contratação direta para o Estado.

Frente a esse panorama, observa-se uma dicotomia entre a crescente atuação das Organizações Sociais e a contratação direta, eivada de possíveis falhas, como também de possíveis irregularidades em sua fiscalização.

Diante do exposto, torna-se imprescindível fazer uma análise, com uma abordagem qualitativa, da repercussão da contratação direta para os contratos existentes na área de saúde, bem como de estudar qual o papel dos órgãos do Poder Público e do Tribunal de Contas quanto à questão do controle em âmbito local. Desta forma, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, será averiguado se é coibido o surgimento de entidades que visem somente à aferição de lucro ao contratar com o Poder Público.

2. A dispensa de licitação no contrato de gestão das organizações sociais: possível inconstitucionalidade

A licitação é um procedimento por meio do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, estabelecendo como pressuposto o respeito ao princípio da isonomia, garantindo, assim, a igualdade entre os licitantes.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 239), citando SayaguésLaso (v. I, p. 552): “Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para Administração”.

No Brasil, o marco inicial da realização de procedimento licitatório divide opiniões. Como não existia norma que definisse a competência para legislar sobre licitação na Constituição Federal de 1967, surgiram duas correntes acerca de tal tema: uma que defendia que a licitação constituía matéria de Direito Financeiro, cabendo à União legislar sobre normas gerais e, aos Estados, legislar sobre normas específicas; e outra que defendia que a licitação era matéria de Direito Administrativo, de competência de cada uma das unidades da Federação. Tal controvérsia surgiu com a Lei Federal 5.426/68 e se estendeu por algum tempo, mais precisamente até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que atribui à União a competência para legislar sobre a matéria, regulamentada atualmente pela Lei 8666/93 (DI PIETRO, 2016, s.p).

As finalidades do procedimento licitatório eram constituídas, até o ano de 2010, pelo binômio mencionado adrede, qual seja, seleção da proposta mais vantajosa e respeito ao princípio da isonomia. No entanto, nova redação foi dada ao art. 3º da lei em comento por meio da Lei 12.349/10, que estabeleceu mais uma finalidade ao processo: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesta senda, mister salientar o posicionamento de Niebuhr (2013, p. 36):

Na redação original do dispositivo, as finalidades eram duas, a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Atualmente com a redação dada pela Lei nº 12.349/10, também é finalidade da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Sabe-se que a referida lei tem como objetivo direcionar as normas contidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988, dispendo sobre as formas de contratação e modalidades de licitação, além de especificar os casos em que esta última é obrigatória, dispensável ou inexigível.

A doutrina estabelece, ainda, alguns princípios que devem ser observados quando da realização de certame, sendo alguns deles exemplificados por Carvalho Filho (2015, p. 248):

De acordo com o que a própria lei apresentou, consideram-se básicos os princípios norteadores fundamentais do procedimento da licitação, expressos no art. 3º do Estatuto. São básicos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Dentre os princípios elencados, está também o princípio da obrigatoriedade, correlato à licitação, previsto no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna de 1988, que estabelece a imposição da realização de procedimento licitatório quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio da Administração Pública, que aduz *in verbis*:

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:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que a própria lei ressalva algumas hipóteses que, devido a suas peculiaridades, não se coadunam com a demora do rito licitatório: são os casos de dispensa de licitação. Marinela (2016, p. 490) classifica o instituto da seguinte maneira:

Para a doutrina brasileira, a Constituição acolheu a presunção absoluta de que a realização de prévia licitação produz a melhor contratação, porque assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância de princípios como isonomia e impessoalidade. *Todavia, o art. 37, inciso XXI da CF limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação.* Desse modo, a contratação direta não representa desobediência aos princípios constitucionais. (grifos nossos)

Tal dispensa possui dois vieses, conceituados pela doutrina como licitação dispensável e licitação dispensada. Sobre tal tema, destaca-se o entendimento de Carvalho Filho (2015, p. 256):

Alguns autores costumam distinguir a licitação dispensável e a licitação dispensada. Aquela tem previsão no art. 24 do Estatuto e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la. A licitação dispensada, a seu turno, estampa as hipóteses em que o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos

Impende ressaltar que a licitação dispensável, cujas hipóteses estão previstas no art. 24 da Lei 8.666/93, atribui uma discricionariedade a Administração Pública para julgar, de acordo com a oportunidade e conveniência, as hipóteses em que será dispensado o certame, respeitando-se os casos que já vierem expressamente designados pela legislação, haja vista tratar-se de rol *numerusclausus*, ou seja, taxativo.

Para o presente estudo, em virtude da proposta de análise da dispensa de procedimento licitatório na modalidade de contratação com as Organizações Sociais, que configura, portanto, hipótese de licitação dispensável, faz-se mister destacar o seguinte inciso do dispositivo supramencionado:

Art. 24. É dispensável a licitação quando:

[...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifos nossos).

Cumprido observar que as Organizações Sociais (O.S) fazem parte do chamado Terceiro Setor, expressão doutrinária que classifica certas entidades do Poder Público, situadas entre as esferas estatal e empresarial.

Segundo Rocha (2003, p. 15), o Terceiro Setor é formado por um “[...] conjunto de organizações que não são nem estatais, nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

Furtado (2013, p. 23) corrobora o entendimento dispendo que: “O terceiro setor compreende entidades privadas sem fins lucrativos ou econômicos que exploram atividades de interesse coletivo. O seu nome (terceiro) surge por exclusão dos demais setores: estatal (primeiro setor) e o privado empresarial (segundo setor)”.

Isto posto, tem-se que as Organizações Sociais são chamadas também de entidades paraestatais, por atuarem “ao lado” do Estado, ou seja, por desenvolverem atividades de interesse da coletividade e possuírem algum vínculo com a Administração Pública.

Neste ínterim, para Justen Filho (2015, s.p.):

Organização Social é a titularidade jurídica atribuída pelo Poder Público, desde que atendidos os requisitos legais, às pessoas jurídicas de direito privado, organizadas sob a forma de fundação ou associações sem fins lucrativos, alheias à estrutura da Administração Pública, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à saúde, ou seja, serviços de relevância social. Trata-se,

pois, de uma qualidade jurídica especial, adquirida perante reconhecimento do Poder Público.

Essa ideia é corroborada por Di Pietro (2015, p. 601), que as classifica como sendo: “[...] definidas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.”

A regulamentação jurídica deste instituto se dá por meio da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e em seu art. 2º figuram alguns requisitos para que as entidades privadas alcancem tal status. O destaque dado é para a necessidade de a instituição não possuir fins lucrativos e reverter os excedentes financeiros para o desenvolvimento das suas próprias atividades, além do fato de que devem possuir órgãos diretivos colegiados com participação do Poder Público e da comunidade, como também submeter seus recursos ao controle do Tribunal de Contas. Se a entidade cumprir estes e alguns outros requisitos alcança benefícios como dotações orçamentárias, isenções fiscais, além da possibilidade de utilizar prédios públicos para desempenhar as atividades. Por tal motivo, constata-se o grande interesse das instituições privadas de firmar essa parceria com o Estado.

Segundo o art. 5º da lei supracitada, a contratação estatal com as mencionadas entidades efetiva-se por meio de Contrato de Gestão, no qual se discriminam as atribuições, responsabilidades e obrigações mútuas de ambas as partes, e que constitui o principal diferencial da organização social dentro do Terceiro Setor, não sendo extensível às demais pessoas jurídicas privadas.

Neste contexto, Pessoa (2016, s.p.) dispõe:

O aspecto mais inovador desta figura jurídica consiste na possibilidade de celebração entre o Poder Público e a Organização do chamado Contrato de Gestão. Trata-se de figura inspirada nos chamados “Contratos de objetivos”, do Direito Francês, criados com o propósito de ampliar a efetividade dos entes da Administração Indireta, fixando metas de desempenho em troca de maior flexibilidade na gestão.

Mister destacar que a realização do processo licitatório, com vistas a seleção da opção mais vantajosa para Administração, garantindo a aplicação do princípio da isonomia no tratamento dos licitantes, inibe a criação de entidades cuja finalidade precípua seja a de se adequar ao título de Organização Social, conferindo maior transparência ao processo, em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, mormente os da publicidade e moralidade. Princípio da Publicidade, este, que figura ainda entre os princípios inerentes ao processo licitatório, como preleciona Di Pietro (2016, p. 424):

[...] outro princípio previsto no artigo 3º da Lei n° 8.666/93 é o da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedi-

mento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Verifica-se, portanto, que a realização de licitação, com todas suas exigências e especificidades, ainda que implicasse certa mora, traria maior segurança jurídica ao processo de contratação, por garantir a aplicação de tais princípios e inibir fraudes durante a escolha dos contratados, garantindo assim, o respeito devido ao princípio da isonomia, bem como aos demais princípios básicos e correlatos ao procedimento.

Em vista disso, nota-se que a dispensa de licitação está eivada de possível desrespeito a princípio constitucional, fato gerador de uma série de discussões nos planos doutrinário e jurisprudencial.

Consoante o entendimento de Mello (2009, p.239):

Não se imagine pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

Neste sentido, posiciona-se Di Pietro (2010, p. 498) afirmando que para que haja uma adequação das Organizações Sociais aos princípios constitucionais que tratam da gestão pública existe “[...] a necessidade de exigência de licitação para a escolha da entidade”.

Corroborando, ainda, tal entendimento, Justen Filho (2005, p. 31) aduz que “[...] há necessidade de prévia licitação para configurar o contrato de gestão e escolher a entidade privada que será contratada”, para que sejam atendidos os princípios da isonomia e indisponibilidade do Poder Público, norteadores de tal questão.

Ademais, observa-se que a dispensa de procedimento licitatório para a celebração do contrato de gestão beneficia os contratos acessórios deste, possibilitando que

contratações futuras de prestação de serviço sejam efetivadas sem a devida observância à licitação.

Na próxima seção será abordada a questão do controle dos Contratos de Gestão das Organizações Sociais em Saúde em Pernambuco e, posteriormente, o artigo retornará à discussão da possível inconstitucionalidade.

3. O controle dado às organizações sociais no estado de Pernambuco: irregularidades pertinentes ao sistema

Sabe-se que as vantagens conferidas às entidades que recebem o título de Organização Social são expressivas e podem fazer com que muitas instituições privadas sejam criadas somente com esta finalidade, não possuindo, na prática, os requisitos necessários para o oferecimento de serviços de qualidade à comunidade. Destarte, o controle do desempenho de tais entidades é de extrema importância dentre as modalidades de controle estabelecidas para a Administração Pública.

O modo como se dá o controle de tais organizações ainda constitui discussão doutrinária e jurisprudencial, embora muitos aspectos desse tema já estejam pacificados. O primeiro questionamento que deve ser trazido diz respeito à atribuição do Tribunal de Contas interferir na fiscalização do contrato de gestão firmado entre as referidas Organizações e a Administração Pública.

Como mencionado, a Lei 9.637/98 estabelece que o Tribunal de Contas deverá ser acionado somente quando houver expressa ilegalidade constatada na fiscalização desempenhada pelo órgão com atuação na área específica, tendo aquele, portanto, atuação subsidiária no controle das referidas Organizações.

Não obstante, observa-se que a atribuição conferida pela Carta Constitucional de 1988, em seu art. 71, inciso II, estabelece, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, *incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal*, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (grifos nossos)

Verifica-se, pois, que foi gerada dúvida no plano jurídico acerca da possibilidade de intervenção direta ou subsidiária da Corte de Contas, uma vez que tal inciso estabelece o controle extensivo a Pessoas Jurídicas de Direito Privado que sejam mantidas pela União.

Alguns autores como Zymler (2005, p. 306) e Aguiar (2008, p. 42) entendem que a expressão “demais responsáveis” presentes na parte inicial do inciso II do art. 71, acima referido, deve ser interpretada como uma alusão aos dirigentes de entidades privadas que possuem vínculos jurídicos com o Poder Público, a exemplo das Organizações Sociais, e que também se sujeitariam ao julgamento de suas prestações de contas pelos Tribunais de Contas.

Proponho assim uma interpretação conjunta do dispositivo aludido com o parágrafo único do art. 70 (TCE/PE, Vasconcelos Junior, 2011, p. 70-83).

Com efeito, observa-se que tal questão encontra-se pacificada, posto que o próprio Tribunal emite relatórios e pareceres sobre a situação das Organizações, consubstanciando, inclusive, sua atuação na prerrogativa estabelecida pelo artigo retro mencionado.

Ademais, em algumas situações não se considera que haja dúvida quanto à atuação da Corte de Contas, uma vez que esta seria um corolário da própria Lei 9.637/98, reafirmada, portanto, pela premissa constitucional de atuação do Órgão. É o que se infere da decisão 592/1998, cujo Ministro-relator foi o próprio Benjamin Zymler, e que esclareceu:

[...]

154. Decorrência direta e imediata da sujeição das organizações sociais à jurisdição plena do Tribunal de Contas da União é a conclusão de que é incontroversa a atuação do controle externo por meio da realização de auditorias, apreciação de tomada de contas especiais, denúncias, representações, dentre outros procedimentos de controle e fiscalização, quanto à aplicação dos recursos públicos colocados à disposição dessas organizações, ex vi do disposto no art. 9º da Lei n.º 9.637/98. (BRASIL, TCU, 2008)

O posicionamento a favor da atuação da Corte de Contas em função da previsão constitucional também é corroborado por entendimento do STF, senão veja-se:

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face de dispositivos da Constituição do Estado de Sergipe que dispõem sobre as competências do Tribunal de Contas estadual (...). Considerou que o inciso V do art. 47, *ao conferir competência privativa à Assembleia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, usurpou a atribuição típica do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, prevista no inciso II do art. 71 da Carta Magna.*(BRASIL, STF, 2016) (grifos nossos).

Desta feita, observa-se que a possível antinomia em relação aos dispositivos não se verifica em concreto, sendo utilizada a prerrogativa constitucional de atuação do

TCU associada ao disposto na Lei 9.637/98, com o objetivo de que haja a fiscalização necessária dos recursos públicos empreendidos na esfera privada para realização de serviços voltados à comunidade. Na prática, há uma certa discricionariedade conferida aos Tribunais de cada estado da Federação para que, dentro da legalidade e de acordo com o que é aduzido pela Constituição Federal e pela norma infraconstitucional, possam estabelecer, de acordo com a realidade de cada lugar, a melhor forma de fiscalização. (TCU, Decisão 592, 1998)

Neste diapasão, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco emitiu a Resolução TC nº 0020/2005 que dispõe sobre a regulamentação da fiscalização relativa às Organizações Sociais e as OSCIPS no Estado. O documento mencionado preleciona que o controle relativo aos contratos de gestão deverá ser feito quando do julgamento da prestação de contas da entidade ou do órgão supervisor da OS ou OSCIP. Desta feita, optou por exercer um controle indireto das Organizações Sociais estaduais, exceto quando houver indícios de irregularidades expressivas, oportunidade em que poderá ser determinada auditoria especial por parte do órgão. (PERNAMBUCO, TC/PE, 2005).

No que tange às Organizações Sociais de Saúde, utilizadas como caso de estudo para o presente trabalho, tem-se que, no Estado, a fiscalização é incumbência da Secretaria de Saúde, sem prejuízo de atuação de outros órgãos públicos, como preleciona o art. 15 da Lei estadual 15.210/2013 (Lei que trata das Organizações Sociais de Saúde no estado): “Art. 15. A execução dos contratos de gestão de que cuida esta Lei será acompanhada, fiscalizada e supervisionada pela Secretaria de Saúde, sem prejuízo da ação institucional dos demais órgãos de controle interno e externo do Estado”.

Verifica-se, portanto, que não é atribuição exclusiva do Tribunal de Contas fazer o controle das referidas entidades. Cabe também ao órgão com atribuição específica para supervisionar, sendo este no estado de Pernambuco o órgão deliberativo da Organização, que conforme o diploma legal supramencionado, tem entre suas funções:

Art. 5º. O órgão deliberativo da entidade deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo Estatuto, observadas, para fins de atendimento aos requisitos de qualificação, as seguintes atribuições básicas, entre outras:

[...]

IV - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas no contrato de gestão. (Lei 15.210/2013)

Desempenham o papel de fiscalizadores, ainda, a Assembleia Legislativa do estado e o Ministério Público.

A Assembleia Legislativa tem atuação expressiva, por meio de sua Comissão de Saúde, que procura investigar e melhorar a forma de controle atualmente adotada, a exemplo da edição do Projeto de Lei 1582/2017, que já aprovado, ajustou a Lei Estadual 15.210/2013, implementando novas modalidades de investimentos, além de estabelecer regras para o acompanhamento, avaliação e fiscalização dos Contratos de Gestão. (PERNAMBUCO, ALEPE, 2017)

Já o Ministério Público de Pernambuco atua por meio de Comissões especiais (CA-OP's) instituídas para auxiliar o trabalho dos promotores e procuradores, havendo uma comissão específica quanto à atuação de fundações e entidades de interesse social (PERNAMBUCO, MPPE, 2017).

Cumprir observar que, mesmo existindo modalidades distintas de controle em Pernambuco, que exigem do Estado e dos Municípios quanto à colaboração destes em relação às Organizações Sociais, a estrutura legal apresentada ao longo deste tópico, permite supor que existem falhas éticas.

O próprio órgão deliberativo deverá fiscalizar o cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão. Do mesmo modo, a Secretaria de Saúde, que é a contratante dos serviços da entidade, é o primeiro órgão a realizar a fiscalização. Ainda que as contas sejam submetidas ao Tribunal de Contas do Estado, e que exista interferência do controle interno dos Municípios e do Estado e o externo, exercido pelos órgãos previamente mencionados, observa-se que há margem para insegurança jurídica. Também, do ponto de vista ético, é uma situação inadequada, pois, como já fora referido, é grande a chance de que algumas instituições tenham o único objetivo de obter o título de organização social, fazendo com que o requisito “sem fins lucrativos”, seja posto em xeque.

4. Uma análise sobre os contratos de gestão do IMIP-HOSPITALAR

Como já referido, no Estado de Pernambuco, a contratação com Organizações Sociais na área de Saúde começou a ser efetivada no ano de 2009, com o contrato de gestão do Hospital Miguel Arraes, celebrado entre a Administração e a Fundação Martiniano Fernandes – IMIP hospitalar.

Sabe-se que a opção por contratar tais entidades faz parte de uma escolha administrativa, quando do exercício de seu poder discricionário, contudo, é inegável que tal decisão é dotada de aspectos políticos, visto que a contratação com tais entidades demonstra interesse da gestão na instituição de um novo modelo, caracterizado pelo gerencialismo, diferenciado do que costuma ser adotado. Além de aspectos políticos, também são considerados aspectos econômicos, uma vez que as Organizações Sociais estão submetidas a estímulos do mercado. (PACHECO, 2015, s/p.)

Desta feita, tem-se, por um lado, uma maior desburocratização na prestação de serviços, inclusive, pela abrangência da dispensa de licitação aos contratos de presta-

ção de serviços realizados pelas OS, como mencionado alhures, e de outro, a possível indicação de uma falta de autonomia das organizações estatais quanto à administração de seus recursos e pessoal.

Neste ínterim, observa-se então, a crescente adoção do estado de Pernambuco ao modelo de contratação de Organizações Sociais para gerir as unidades de saúde, buscando oferecer um tratamento mais ágil e adequado à população, ao passo que transfere às entidades responsabilidades com a gestão de pessoas e financeira.

A Organização Social IMIP hospitalar possui contratos de grande vulto com a Administração Pública Pernambucana. São várias Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), dentre elas as das cidades de São Lourenço da Mata e do Cabo de Santo Agostinho, além de gestão de três grandes hospitais, como o Hospital Metropolitano Norte - Miguel Arraes de Alencar, o Hospital Metropolitano Sul - Dom Hélder Câmara e o Hospital Metropolitano Oeste - Pelópidas da Silveira. (PERNAMBUCO, Secretaria de Saúde, 2017).

Da análise dos Contratos de Gestão referentes a estes hospitais no que concerne ao controle, observa-se que em todos eles encontra-se expressa a determinação de que a fiscalização será feita por meio do órgão com atuação específica, sendo neste caso, a Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco, havendo a possibilidade de análise posterior pelo Tribunal de Contas, ou Ministério Público se averiguada alguma irregularidade no primeiro órgão. Nesta senda, imperioso destacar o excerto do Contrato de Gestão nº 001/2009, que permeia o funcionamento do Hospital Metropolitano Norte Miguel Arraes de Alencar, neste estado:

[...] O órgão competente da CONTRATANTE responsável pelo acompanhamento, fiscalização e avaliação deste Contrato de Gestão enviará relatório técnico sobre os resultados alcançados pela CONTRATADA quanto às metas pactuadas, quanto à economicidade das ações realizadas e à otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao usuário. (PERNAMBUCO, CG 001/2009, p. 10)

Do mesmo modo, o Contrato de Gestão nº 004/2011 que trata da contratação da mesma entidade, mas para gestão dos serviços do Hospital Metropolitano Oeste Pelópidas da Silveira, explicita:

[...] Os responsáveis pela fiscalização deste Contrato, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público Estadual, para as providências cabíveis, sob pena de responsabilidade solidária. (PERNAMBUCO, CG 004/2011, P. 12)

Observa-se então, que a disposição contratual coaduna-se integralmente com o que é disposto pela Lei estadual que trata de tais entidades, mencionada supra. No entanto, em que pese tal adequação, verifica-se a fragilidade da disposição contratual no plano fático, posto que, embora o dever de comunicação aos órgãos fiscalizadores esteja previsto, sob pena, inclusive de responsabilidade solidária, quando considerados o caráter político e econômico da decisão do Poder Público ao contratar, surge a possibilidade de existência de atos perpetrados durante o processo de comunicação e da própria fiscalização, que impliquem em desvio de finalidade.

A possibilidade real de intervenção de interesses pessoais no processo, faz com que, na prática, tanto a disposição legal quanto a contratual, sejam dotadas de fragilidade, visto que a atuação de órgãos de controle é proposta de maneira residual, sendo devida somente após a fiscalização do órgão com atribuição específica, cuja imparcialidade é plenamente questionável, uma vez que este mesmo órgão demonstrou interesse em contratar a entidade, sem que houvesse, ainda, procedimento licitatório, apenas respeito aos princípios constitucionais que permeiam a Administração Pública, o que não garante efetivamente, que o Princípio da Isonomia para contratação entre tantas entidades, tenha sido observado, uma vez que não há realização do certame com a observância de todas as suas fases.

Como prova das lacunas deixadas pela lei quanto ao controle exercido em relação a contratação com a referida entidade, os Contratos de Gestão supramencionados, têm sua execução sendo alvo de um Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Federal no estado de Pernambuco, para apurar denúncias anônimas acerca da má utilização dos recursos públicos Federais e sobre a má qualidade da disponibilização dos serviços por meio da referida Organização Social nos hospitais Miguel Arraes de Alencar, Dom Hélder Câmara e Pelópidas da Silveira (BRASIL, MPF, 2017).

Outrossim, a Assembleia Legislativa de Pernambuco, editou o Projeto de Lei 1582/2017, que entre outras coisas, objetivou a modificação do acompanhamento, da avaliação e da fiscalização dos contratos de gestão. A deputada Socorro Pimentel (PSL-PE) propôs uma série de emendas ao projeto, entre elas a de nº 07/2017, que findou sendo rejeitada pelo relator, por ser dotada de vício de incompetência, mas que sugeria uma modificação na composição da Comissão Mista de Avaliação, para que esta passasse a ser composta da seguinte maneira: um representante da Secretaria de Saúde, um da Secretaria de Planejamento e Gestão, um da Secretaria de Administração, um do Conselho Estadual de Saúde e um do Ministério Público.

O formato aprovado pelo colegiado, no entanto, contempla apenas três membros da pasta de Saúde, um da área de Planejamento e um da Secretaria de Administração. (PERNAMBUCO, ALEPE, 2017)

Apesar da rejeição da referida emenda ao projeto, observa-se que a iniciativa de alteração da Lei em comento, traz a demonstração de duas vertentes: por um lado, a

existência de falhas a serem sanadas no processo de controle do modo como se configura atualmente e por outro, o exercício efetivo da fiscalização por parte do Órgão, ainda que insipiente, para combater tais falhas.

A inserção direta de membros dos Órgãos de controle externo, a exemplo do Ministério Público, para avaliação do desempenho do que fora pactuado no Contrato de Gestão, coibiria a prática de atos de improbidade, trazendo, assim, maior segurança jurídica ao processo de controle.

4.1 Análise dos Contratos de Gestão da O.S IMIP- Hospitalar à Luz do Julgado pelo STF na ADI 1923

Os Contratos de Gestão celebrados pela Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco com a Organização Social IMIP- hospitalar para o funcionamento dos três principais hospitais da região metropolitana do Recife, possuem praticamente as mesmas cláusulas no que diz respeito ao funcionamento, tratando da questão dos repasses de recursos federais, bem como no que concerne ao controle aplicado a estes contratos, que, como aludido, ocorre por parte da fiscalização do órgão com atribuição específica, e, havendo irregularidades, por parte dos órgãos de controle externo com atuação no estado.

Neste diapasão, é imperioso destacar a relação salvaguardada entre os contratos e o que é entendido pelo Superior Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, proposta em 1998, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista. (BRASIL, STF, 2014)

Inicialmente, faz-se mister relatar que a referida ADI foi julgada somente no ano de 2015, sendo todas as contratações aqui observadas anteriores ao posicionamento da Corte Suprema no que tange à possibilidade de dispensa de licitação na contratação com Organizações Sociais, tema objeto do presente trabalho.

A licitação, como já referido, é procedimento que tem como objeto imediato a seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública para possibilitar o seu objeto mediato, que é a contratação em si mesma. Desta feita, verifica-se que devem ser observados, além dos Princípios da Administração Pública previstos constitucionalmente, princípios básicos inerentes à realização do certame, a exemplo do Princípio da Isonomia, que guarda íntima relação com o Princípio da Impessoalidade e que, segundo Carvalho Filho (2015, p. 249), significa:

[...] que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

Isto posto, verifica-se que, há na doutrina e jurisprudência pátrias, discussão acerca da possível inconstitucionalidade na dispensa de licitação relativa à contratação do Poder Público com as entidades qualificadas como Organizações Sociais, por violarem a efetiva aplicação de princípios constitucionais, como fora referido na primeira seção deste trabalho.

Neste ínterim, mister salientar o posicionamento que defende a inconstitucionalidade da dispensa licitatória em comento, emitido pelo ex Ministro Eros Grau, relator, em sede de acórdão, em uma das primeiras sessões do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923:

Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível. Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. (BRASIL, STF, 2007)

No entanto, o julgamento da referida ADI resultou em decisão que determina ser legal a contratação com dispensa de licitação, desde que observados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, como observa-se do ex-certo de tal aresto:

[...]

14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 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 exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contra-*

tação 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. (BRASIL, STF, 2015). (grifos nossos)

Ademais, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, equiparou o Contrato de Gestão estabelecido pelas Organizações Sociais a um convênio, como depreende-se do voto do Ministro Ayres Britto, proferido enquanto como relator, da referida ADI:

[...] 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, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. (BRASIL, STF, 2015)

No qual discorre, ainda:

[...] 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). (BRASIL, STF, 2015)

Di Pietro (2006, p. 177) conceitua o convênio como “um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas”, aduzindo, ainda, que “[...] o principal elemento que se cos-

tuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos”.

Na mesma perspectiva, Marinela (2016, p. 644) disserta:

O Convênio representa um acordo firmado por entidades políticas, de qualquer espécie, ou entre essas entidades e os particulares para a realização de objetivos de caráter comum, buscando sempre interesses recíprocos, convergentes. Difere do contrato administrativo, tendo em vista que, neste, os interesses perseguidos são divergentes.

Nesta senda, à luz do que foi disposto na referida ADI e em virtude do que preleciona a doutrina, observa-se que há, do ponto de vista jurídico, uma adequação do referido instrumento de contratação à relação de parceria estabelecida entre o órgão público e as entidades, qualificadas como Organizações Sociais, visto que, quando realizado o Contrato de Gestão, são avençadas obrigações, para ambas as partes, cujo escopo é simbiótico: a prestação de serviços que atendam aos interesses da coletividade.

Contudo, da referida decisão derivam muitos questionamentos.

Antes de adentrar no mérito da decisão promulgada pela Suprema Corte, mister salientar a edição da Lei 13.209/14, marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as entidades da sociedade civil, que buscou ajustar as relações existentes em nível de contratação entre o Poder Público e ONG's e OSCIPS, para conferir ao processo maior segurança jurídica.

Editada um ano antes do julgamento da ADI utilizada para o presente estudo, a Lei supracitada sublimou de seu rol de entidades as Organizações Sociais, fato que não apresenta, para Oliveira (2015, p. 307):

[...] justificativa razoável para excluir da incidência do novo regime das parcerias os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS), sem excluir também os termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). De lado algumas diferenças pontuais, as referidas entidades possuem características gerais semelhantes, consideradas entidades privadas sem fins lucrativos que desempenham atividades de caráter social, por meio de vínculos jurídicos com o Poder Público (contrato de gestão e termo de parceria, respectivamente). (grifos nossos)

Assim sendo, constata-se a existência de um comportamento comum ao Legislativo e ao Judiciário, de traçar um padrão que busca adequar os conceitos presentes no ordenamento jurídico ao modelo gerencialista - modelo este, proposto pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, que priorizou o princípio da eficiência e que foi conduzido diante dos seguintes objetivos, segundo o Ex Minis-

tro Bresser Pereira, à época a frente do MARE - Ministério da Administração e Reforma do Estado:

O Objetivo da Reforma da Gestão Pública de 1995 é contribuir para a formação no Brasil de um aparelho de Estado forte e eficiente. Ela compreende três dimensões: a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social – em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando a passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial.

Na visão de Ranieri (1996, p. 97):

[...] o “Programa Nacional de Publicação” (PNP) tem por objetivo permitir a transferência de atividades desenvolvidas por autarquias e fundações de direito público da União (em áreas sociais e de ciência, tecnologia e desporto), para as chamadas “Organizações Sociais”, figura inédita no direito brasileiro com formato de “entidade pública não estatal”, tendo em vista promover a melhoria da eficiência e qualidade do serviço, tanto no aspecto econômico como no administrativo. (art. 1º, III)

Para tanto, o programa procura redefinir o estilo de atuação do Estado no desempenho de suas funções sociais, com ênfase na adoção de modelos gerenciais flexíveis (garante-se autonomia administrativa e financeira à organizações sociais – art. 1º, I), autonomia de gestão, controle por resultados e adoção de indicadores de desempenho e qualidade na prestação de serviços de relevante significado social (art. 1º, II)

No que tange às organizações sociais, a proposta traz, de fato, grande contribuição para a Administração Pública, mas, em virtude da existência de lacunas deixadas pelos dispositivos referentes ao tema na legislação infraconstitucional, existe a possibilidade de uma maior ocorrência de atos ímprobos quando do momento da contratação.

É certo, outrossim, que o voto do condutor do acórdão mencionado, Ministro Luiz Fux, exprime tal adequação ao gerencialismo, visto que, entre outras coisas, pugna pela discricionariedade conferida à Administração Pública, para selecionar, por meio de seus agentes democraticamente eleitos, de acordo com a conveniência e

oportunidade, a proporção entre o que será descentralizado ou não, conforme observa-se do seguinte excerto:

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais. (BRASIL, STF, 2015) (grifos nossos)

Fato este que se aplicado ao extremo, vai de encontro ao próprio texto legal, disposto na Seção V da lei 9.637/98, que compreende os arts. 11 a 15, da qual se infere que a atividade de fomento, busca incentivar a atividade a ser desenvolvida pelas entidades de maneira que esta se realize de forma complementar. Neste sentido, corroboram Regules e Higa (2015, s/p.):

Em outras palavras, ao se admitir, repise-se, que compete aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, fundamentalmente pelo critério do resultado, estaria a se aceitar, por exemplo, a prestação de serviços públicos de saúde e educação diretamente pelo Estado numa proporção de 10%, reservando 90% para a execução indireta, por meio das organizações sociais, mediante atividade de fomento, desde que atendidos os resultados almejados. Ao se elevar ao extremo referido critério, revelar-se-á uma subversão da lógica constitucional da atuação complementar da sociedade civil nestes campos. Este ponto, portanto, mereceria reflexão mais detida à luz do próprio Texto Constitucional.

Neste contexto, a parte autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade argumenta:

Para que tais vantagens sejam usufruídas, o Programa de Publicização implica não em fomento à criação ou aperfeiçoamento de instituições privadas do setor público não governamental. *Vai mais longe a preocupação em fazer uso das “flexibilidades” proporcionadas pelo setor privado, a ponto de assumir o Poder Público papel diretor no processo de criação de instituições privadas que possam ser “qualificadas como organizações sociais”.* Assim, segundo o Poder Executivo, a implementação do Programa e a qualificação de entidades dependem de uma primeira etapa, fundamental, que é a decisão de governo. (BRASIL, STF, 1998)

Isto posto, constata-se que, atualmente, a contratação com as Organizações Sociais, de fato, possui constitucionalidade, desde que realizada enquanto atividade de fomento por parte do Estado, concepção que resta prejudicada nos dias atuais, em

virtude do crescente número de atuação de Organizações Sociais, mormente na área de Saúde.

É inegável que a crescente atuação das entidades referidas, nesta área, ao proporcionar à população serviços de qualidade, auxilia a Administração Pública, protagonizando um modelo de gestão mais eficiente e menos burocrático, como já aludido na seção anterior. Todavia, não se pode olvidar que a escolha das entidades, inclusive no que diz respeito a qualificação destas como Organizações sociais, é feita pelo Governo, que toma uma decisão de conferir certas vantagens, típicas de instituições privadas a entidades que funcionarão como integrantes do próprio aparelho estatal.

Ainda no que tange aos pontos controversos presentes no acórdão ora tratado, percebe-se que a equiparação do Contrato de Gestão a um Convênio reputa-se inapropriada, ainda que adequada aos serviços de saúde e ao texto constitucional. Na lição de Di Pietro (2006, p. 180):

Assim é que o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais ou financeiras, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo; também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios.

[...]

Quando prestada pelo particular, o estado pode fomentar, pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante convênio. O serviço prestado pelo particular não perde a natureza de serviço privado para transformar-se em serviço público; ele continua sendo prestado como serviço privado, porém sujeito a controle e fiscalização do Poder Público, não só com base no Poder de Polícia que se exerce normalmente sobre todas as atividades na área da saúde, mas também sobre a utilização dos recursos públicos, que deverá ser feita e acordo com as normas ajustadas no convênio.(grifos nossos)

No entanto, no caso específico das Organizações Sociais, em virtude da transferência de bens e dotação orçamentária, bem como a cessão de servidores, nota-se uma maior incidência do regime jurídico de direito público, tal como prelecionam Regules e Higa (2015, s.p.):

Considerando as peculiaridades que envolvem a relação de parceria entre Poder Público e Organizações Sociais (a saber: representantes do Poder Público no Conselho de Administração; cessão especial de servidores com ônus para origem, destinação de créditos orçamen-

tários e cessão de bens públicos etc.), poderíamos afirmar que ainda assim as Organizações Sociais, tal como as demais organizações da sociedade civil destinatárias da atividade administrativa de fomento, estão sujeitas ao regime de direito privado, com normas derogatórias de direito público em equivalente intensidade? Cremos que não. Nestes casos, o regime de direito público passa a incidir de maneira mais robusta, ainda que o regime jurídico misto seja o norte da relação de parceria. (grifos nossos)

Desta feita, observa-se que, em que pese o entendimento jurisprudencial supracitado, os riscos de tal prática para a transparência na gestão pública e utilização adequada de seus recursos financeiros são iminentes e constituem grande preocupação, posto que não proporciona forma mais transparente e isonômica de contratar com o Poder Público.

Da análise dos contratos de gestão 001/2009, 004/2011 e 006/2010, referentes aos hospitais supracitados, verifica-se que não houve em nenhum deles a alusão ao procedimento por meio do qual realizou-se a escolha da entidade e quais os critérios utilizados, demonstrando, assim, que, na prática, a dispensa de procedimento licitatório não garante a aplicabilidade concreta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento indica que seja realizado.

A insegurança jurídica de que é dotada tal previsão, mostra-se evidente, uma vez que não há certeza da imparcialidade por parte da contratante quando da escolha das entidades que serão contratadas, bem como se há o devido respeito a princípios como a moralidade e impessoalidade durante esta seleção.

Deste modo, diante do cenário de repasse de recursos vultuosos por parte do governo federal para o funcionamento de tais instituições, nota-se a possibilidade de criação de instituições que visem unicamente ao lucro derivado da prestação dos serviços de saúde, o que é expressamente vedado pela Lei 9.637/98, em seu art. 2º, inciso I, alínea “b”, configurando, inclusive, requisito para o alcance de tal qualificação:

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

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

[...]

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

Corroborando tal entendimento, Regules e Higa (2015, s/p.), aduzem:

A par da seriedade do trabalho desenvolvido pela maioria das organizações da sociedade civil, com projetos sociais que prestigiam valores caros à coletividade, não há dúvidas de que as inúmeras fragilidades e deficiências contidas nas diversas leis esparsas que disciplinam a matéria têm corroído, de forma danosa, e colocado em risco essa legítima parceria entre o Estado e as organizações da sociedade civil. Isso porque tais vícios têm permitido, por exemplo, a criação de “pseudoentidades”, formalmente enquadradas como integrantes do terceiro setor, com a finalidade exclusiva de firmar relações de cooperação com o Estado e, após obtenção dos recursos públicos, destinam-os para os fins mais diversos e distantes das suas primitivas finalidades. Deveras, não são raras, lamentavelmente, as notícias na imprensa falada ou escrita a respeito de suspeitas de tais irregularidades, no âmbito federal, estadual ou municipal.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade de implementação de meios de controle que visem a fiscalizar de maneira mais efetiva os contratos realizados entre o Poder Público e as Organizações Sociais em Pernambuco. Em que pese a atuação do Ministério Público, notadamente do Ministério Público Federal nos casos analisados por este trabalho, e da Assembleia Legislativa estadual, muitos esforços ainda devem ser empreendidos a fim de que o panorama da contratação direta possa proporcionar segurança jurídica aos Contratos de Gestão, bem como a sua fiscalização em si, que deve ser dotada de participação dos membros dos órgãos de controle externo, já num primeiro momento, a fim de que resultados negativos e práticas que acabam repercutindo na esfera administrativa e por vezes, até na criminal, sejam coibidos.

5. Considerações finais

Ao longo do presente trabalho, buscou-se elucidar os pontos incongruentes existentes nos votos proferidos em sede de acórdão da ADI 1923, elucidando a relação existente entre o que por eles foi disposto e a aplicação prática, analisando para tanto, os Contratos de Gestão da OS IMIP HOSPITALAR, por ser a entidade que possui as contratações de maior vulto na área de Saúde no estado de Pernambuco.

Mister salientar que a visão aqui delineada não se propõe a corroborar integralmente os argumentos trazidos na petição inicial que acompanha a Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, visto que, com o decorrer dos anos e a crescente descentralização das atividades já relacionadas pelas Organizações Sociais, percebeu-se que, de fato, à luz do que traz o Ordenamento Jurídico, a delegação da prestação de serviços a tais entidades não implica em uma renúncia dos deveres e prestações estatais.

Destarte, admite-se que a atividade legislativa não está adstrita totalmente a modelos que não foram exauridos totalmente pelo legislador constituinte, respeitando-se a possibilidade prevista inclusive pela Constituição, de implantação de novos

modelos de gestão, de acordo com as necessidades previstas pelo legislador, legítimo representante democrático, de modo a estabelecer o que melhor se adequar a realidade hodierna.

Contudo, uma coleção de lacunas deixadas pelos dispositivos que regulam a relação prevista entre as organizações Sociais e o Estado, tanto em nível federal quanto estadual, permitem a compreensão de que há um caminho longo a ser trilhado para a construção de um processo que possa ser dotado de maior segurança jurídica.

A participação dos Órgãos de Controle Externo, com vistas a intensificar o controle do desempenho do Contrato de Gestão, inclusive, por meio de participação de seus membros, em uma Comissão Mista de Avaliação, inibiria a interferência dos possíveis interesses derivados de relações interpessoais e influências do mercado e das decisões políticas na fiscalização de tais Contratos, coibindo, por conseguinte, de maneira muito mais eficiente, por serem detectados no início do processo, má utilização do dinheiro público e atos de improbidade.

No que concerne a contratação direta, aplicando a dispensa de licitação, que apesar de declarada constitucional, pode ser direcionada de acordo com os interesses particulares do administrador e não de modo a defender a supremacia do Interesse Público, pode ser represada, também, por meio de um controle mais rígido dos órgãos com atribuição para tanto, já no momento da contratação, uma vez que na prática, geograficamente afastada dos “olhos” da Suprema Corte, porém aproximada do comportamento que, diuturnamente por ela é julgado, atos de improbidade estão muito mais propensos a acontecer, quando inexiste taxatividade quanto ao processo que deve ser obedecido em tal avença com o Poder Público.

A determinação de que somente os Princípios Constitucionais sejam observados no processo, deveria condizer com a conduta efetivada pelos gestores que fazem parte da Administração, no entanto, tal prática não encontra respaldo no comportamento que é observado, fato que somado as falhas existentes no processo de controle proporciona uma maior probabilidade de existência de fraudes e atos de improbidade, a exemplo da corrupção, no processo.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 84. ADI 3.077. 2016

_____. _____. ADI n. 1.923-5. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

_____. TCU. Relatório de Auditoria Operacional, TC -018.739, 2012.

CARVALHO FILHO, José do Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

LEITE, Adriana Maria Gomes Nascimento; *Organizações sociais de saúde e controle externo: uma análise a partir do Tribunal de Contas de Pernambuco*. 2014. 158 f. Dissertação. (Mestrado Profissional em Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, PE, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

PACHECO, Hélder Freire; GURGEL JÚNIOR, Garibaldi Dantas. *Organizações Sociais como Modelo de Gestão em Pernambuco, Brasil: percepção de gestores*. Interface, Botucatu, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/icse/2016nahead/1807-5762-icse-1807-576220150338.pdf>>. Acesso em: 12/03/2019.

PERNAMBUCO. Lei Estadual nº 15.210/2013, Dezembro de 2013.

REGULES, Luís Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs. *Conjur*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss>>. Acesso em: 15/03/2019.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Descentralização: o Projeto Organizações Sociais. *Revista dos Tribunais*, v. 4, n.15, p. 97-105, 1996.

PESSOA, Camila Lemos Azi. A Gestão de Unidades Públicas de Saúde por Organizações Sociais e Terceirização de Serviços. *Revista de direito do trabalho*, v. 42, n. 167, jan./fev, p. 95-120, 2016.

VASCONCELOS JUNIOR, Glauco Pimentel. A Fiscalização Das Organizações Sociais e das Oscips Pelos Tribunais De Contas. *Revista TCE-PE*, v. 18, n. 18, jun, p. 70-83, 2011.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2003.