

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNANBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

SEMIRAMIS DE MOURA RORIZ

**UPAS E HOSPITAIS METROPOLITANOS:
A TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO ESTADO
DE PERNAMBUCO**

RECIFE

2017

SEMIRAMIS DE MOURA RORIZ

UPAS E HOSPITAIS METROPOLITANOS:

A terceirização do serviço público de saúde no Estado de Pernambuco

Dissertação submetida à apreciação do curso de mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Fábio Túlio Barroso

RECIFE
2017

SEMIRAMIS DE MOURA RORIZ

UPAS E HOSPITAIS METROPOLITANOS:

A terceirização do serviço público de saúde no Estado de Pernambuco

DEFESA PÚBLICA EM, _____ de abril de 2017

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Professor Dr. Fábio Túlio Barroso

1º Examinador

2º Examinador:

Recife

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo dom da vida e pela força de vontade descomunal que me fez ultrapassar todas as barreiras para a consecução deste sonho.

Ao meu pai, pelo brilho no olhar e pelo orgulho de me ter como filha. Embora não estando presente neste momento, seus ensinamentos foram primordiais para que eu me tornasse a pessoa que hoje sou.

À minha mãe, por todo apoio, carinho, atenção e afeto que guiam os meus passos.

Ao meu esposo, pelo amor incondicional, pelo companheirismo e pelo apoio e incentivo.

Ao professor Fábio Túlio Barroso por acreditar em mim, mesmo quando eu não mais acreditava.

Ao professor Marcelo Labanca, por manter meu número em sua agenda, sempre disposto a ajudar.

À Theresa Nóbrega, minha co-orientadora que mais parece um poço sem fim de sabedoria, sempre me iluminando com ideias novas e mostrando caminhos desconhecidos.

Por fim, a minha filha Giovanna, por me transformar na pessoa que hoje sou.

RESUMO

Tendo em vista as alterações provocadas pela reforma administrativa e a criação da qualificação pública da organização social como forma de parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada, surgiram diversas entidades qualificadas que passaram a executar serviços públicos. O objetivo da presente pesquisa é realizar uma análise das Organizações Sociais de Saúde do Estado de Pernambuco, em especial as que atuam na prestação de serviços públicos de saúde nas Unidades de Pronto Atendimento e Hospitais Metropolitanos e verificar se há parceria entre o ente público e o ente privado ou terceirização. Para tanto, foi realizada uma análise da legislação federal e estadual que regulamenta a qualificação das instituições privadas sem fins lucrativos como organizações sociais, bem como realizou-se um levantamento bibliográfico a fim de verificar se o vínculo que une as entidades qualificadas na área de saúde e o Estado de Pernambuco corresponde a parceria ou a terceirização. Como conclusão, após a análise de todos os argumentos propostos, verificou-se que, na forma como foi proposta pelo Estado de Pernambuco, as organizações sociais de saúde não estavam prestando serviço público de saúde de forma complementar em parceria com o Estado de Pernambuco, mas terceirização ilícita.

Palavras-chave: Reforma do Estado. Organização Social. Organizações Sociais de Saúde. Terceirização

ABSTRACT

Based on changes created by administrated reform and creation of public qualification of social organization as a partnership between public administration and private institution, several qualified institutions emerged and began to execute public services. The purpose of this research is to analyze Health social organizations from the State of Pernambuco, focused on those which execute public services at Unidades de Pronto Atendimento and Hospitais Metropolitanos verifying if a partnership between public admiration and private institutions exist or if there is an outsourcing service from public administration. To do so, a deep analyze of Federal legislation as well State Legislation which qualify non-profit private institutions as social organizations were made as well a bibliographic review to find out if the link between qualified health institutions and the state of Pernambuco is classified as partnership or outsourcing. As for a conclusion, after an analyze of all arguments, it was verified that, as it was proposed by the state of Pernambuco, the health social organizations were not executing a public service as a partnership with the state of Pernambuco, instead such organizations were executing a service as an outsourcing organization.

Key Words: State reform. Social Organization. Health Social Organization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de Inconstitucionalidade
CR	Constituição da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
IPAS	Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde
IMIP	Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira
IMIP Hospitalar	Fundação Professor Martiniano Fernandes
OS	Organizações Sociais
OSS	Organizações Sociais de Saúde
PDRAE	Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado
SINDENFERMAGEM	Sindicato dos Profissionais de Enfermagem, Técnicos, Duchistas, Massagistas e Empregados de Hospitais e Casas de Saúde do Estado de Pernambuco
SEEPE	Sindicato dos Enfermeiros no Estado de Pernambuco
SINDHOSPE	Sindicato dos Hospitais de Pernambuco
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UPA	Unidades de pronto atendimento

SUMÁRIO

INTRUDUÇÃO	-----
Capítulo 1. DO ESTADO LIBERAL AO NEOLIBERAL E O DIREITO A SAÚDE	-----5
1.1 O direito a saúde e a prestação de serviços de saúde pelo Estado	-----15
1.1.1 Breves considerações sobre o Sistema Único de Saúde	-----21
Capítulo 2. A REFORMA ADMINISTRATIVA	-----24
2.1 Tópicos gerais	-----24
2.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado	-----27
Capítulo 3. DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO	-----30
3.1 A Hierarquia e a Teoria do órgão na desconcentração	-----32
3.1.1 A Hierarquia	-----32
3.1.2 Teoria do órgão e órgãos da Administração Pública	-----33
3.2. Breves comentários sobre os contratos administrativos	-----37
3.3 O Terceiro Setor	-----40
3.3.1 Organizações Sociais	-----43
3.3.1.1. A Lei nº 9.637/98	-----45
3.3.1. 2 A ADI nº 1923 e a prestação de serviços por OS	-----49
Capítulo 4. A QUALIFICAÇÃO E A SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE PELO ESTADO DE PERNAMBUCO	-----57
4.1 A Lei Estadual nº 11.743/2000	-----57
4.2 A qualificação e a seleção de Organizações Sociais de Saúde pelo Estado de Pernambuco	-----59
4.3 O contrato de gestão	-----63
4.4 As unidades de pronto atendimento e os Hospitais Metropolitanos no Estado de Pernambuco	-----66
4.4.1 O (des)cumprimento das normas trabalhistas pelas UPAs e Hospitais Metropolitanos	-----70
4.4.2 A violação a Teoria do Órgão e a hierarquia	-----75
4.4.3 O repasse orçamentário e a ausência de redução nos gastos público	-----74
Capítulo 5. OS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A TERCEIRIZAÇÃO	-----81
5.1 Os requisitos da relação de emprego	-----81
5.1.1 A subordinação estrutural	-----86
5.2 A Terceirização	-----89
5.2.1 As Súmulas do TST sobre terceirização	-----93
5.2.1.1 A Súmula nº 257	-----93
5.2.1.2 A Súmula nº 239	-----94

5.2.1.3 A Súmula nº 256-----	95
5.2.1.4 A Súmula nº 331-----	96
5.3 A regulamentação da terceirização: o PL nº 4.330/2004 e a Lei nº 13.429/2017-----	102
Capítulo 6. A TERCEIRIZAÇÃO E AS OSS NO ESTADO DE PERNAMBUCO: ATIVIDADE - FIM OU ATIVIDADE - MEIO-----	115
CONCLUSÃO-----	124
BIBLIOGRAFIA-----	127
ANEXOS-----	137
ANEXO I – Votação da ADI 1923-----	138
ANEXO II – Contrato de Gestão-----	285

INTRODUÇÃO

Até meados do século XVIII, o regime absolutista era a forma predominante de organização estatal. O monarca, no centro do poder, firmava sua força e soberania perante os súditos e em troca fornecia proteção e ordem.

Contudo, a implantação de novas formas de produção culminou com a ascensão de uma nova classe social: a burguesia. Formada basicamente por comerciantes, esse novo núcleo era detentor de riquezas, porém carente de status e proteção, sendo o principal responsável pelo pagamento de impostos e, conseqüentemente, pela manutenção dos privilégios do monarca, o que gerou inconformismos na sociedade.

Neste século, os ideais do Iluminismo ganharam força na Europa. O referido movimento pregava o uso da razão aliado ao método científico como base para o conhecimento, bem como a liberdade, sendo contrário a regimes totalitários e dogmas religiosos e políticos.

No início do Século XVIII, houve a Guerra das 13^{as} Colônias que pregavam a separação das colônias situadas na América do Norte da colonizadora Grã-Bretanha. Em 1781 a guerra teve fim com o reconhecimento, pela Grã-Bretanha, da independência dos Estados Unidos da América. A Constituição norte-americana foi promulgada com clara influência iluminista, visto que houve o reconhecimento de direitos políticos, liberdade religiosa e de opinião, tendo a soberania popular sido alçada como fonte de legitimação do poder.

Na França, o clero e a nobreza possuíam privilégios e isenções e os custos da manutenção estatal recaía sobre a população, em especial a burguesia. Com base nas ideias iluministas, a França buscou a ruptura com o regime totalitário e, conseqüentemente, com os privilégios concedidos a determinadas classes sociais, tendo tal movimento denominado de Revolução Francesa.

As atuações norte-americana e francesa ganharam destaque internacional e incentivou outros países a romperem, não com a monarquia, mas com o absolutismo.

Mesmo após a derrocada dos regimes totalitários, mudanças globais continuaram a afetar as formas de regime estatal. Primeiramente vivenciamos os prejuízos acarretados pela Primeira Guerra Mundial. Posteriormente, uma grave crise financeira com a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929 e provocou efeitos negativos em quase todos os continentes. Aliada a isso, o mundo passou por um período de instabilidade e tensões chamado de “Guerra fria” o que culminou nos horrores da Segunda Guerra mundial.

Tais acontecimentos provocaram uma verdadeira crise institucional - no sentido de formular estratégias para coibir novos atos de horror perpetrados nas guerras e reorganizar financeiramente os países. Surgiu um anseio da população por mais segurança e controle. O Estado, antes pouco intervencionista, passou a assumir um papel de destaque, sendo alçado a categoria de garantidor, atuando para proporcionar o exercício dos direitos e do bem comum pelos cidadãos, sendo a Constituição o centro do regramento jurídico.

Sendo o centro normativo, a Constituição terminou por abarcar direitos anteriormente previstos em legislações espaciais, conferindo-lhe o caráter de constitucional, houve o que Eduardo Cambi, na obra intitulada "Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, chama de "constitucionalização dos direitos infraconstitucionais".

O Brasil, embora não tenha sido palco das guerras, também vivenciava um cenário pouco favorável em diversos aspectos. Por ser um país pouco industrializado, o Brasil sobrevivia da agricultura, em especial do café, sendo o mercado externo o seu principal cliente.

Com a quebra da bolsa de Nova York, a crise econômica se instalou nos Estados Unidos da América e na Europa, logo, os principais clientes do Brasil reduziram a procura, o que acarretou uma grave crise na economia.

Somando-se a isso, entre os anos de 1930 a 1945, o país passou por um regime ditatorial liderado por Getúlio Vargas. Contudo, enquanto os demais países buscavam a redemocratização e o fortalecimento institucional, o Brasil sofreu um novo golpe, desta feita organizado pelos militares cujo período ditatorial durou de 1964 a 1985.

Com o fim da ditadura militar, o Brasil encontrava-se sedento por um ordenamento que aliasse o caráter garantidor do Estado ao fortalecimento dos direitos individuais e coletivos.

Buscando renovar as esperanças da população e seguindo uma tendência mundial, o Brasil promulgou a Constituição da República de 1988, passando o Estado brasileiro a assumir uma série de deveres perante os cidadãos, conferindo uma verdadeira constitucionalização de direitos.

Contudo, o país ainda vivenciava uma crise econômica, como compatibilizar essas novas funções estatais com o orçamento público deficitário?

Antes mesmo do advento da Constituição da República, leis espaciais tentaram reorganizar o aparelho de Estado no intuito de que este passasse a exercer, de forma mais eficiente e econômica, as atividades e atribuições que lhe eram inerentes, entre todas, o Decreto-lei nº 200/1967 é o mais

festejado entre os autores, pois, além de encontrar-se vigente até a presente data, permitiu o surgimento da Administração Indireta. No entanto, as alterações por ele propostas não foram suficientes para compatibilizar os novos deveres do Estado com o poder financeiro brasileiro.

Foi assim que surgiram os ideais de reforma do aparelho do Estado que prevê, como forma para a implementação de serviços públicos¹, a participação da comunidade, ou do Terceiro Setor, atuando em parceria com o estado em prol do bem comum.

Dentro das formas de parceria com o Terceiro Setor, optamos pelo estudo da Organização Social - OS, tão bem explorada no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e pela Lei nº 9.637/1998. Contudo, faremos um corte epistemológico e trataremos das Organizações Sociais de Saúde – OSS no Estado de Pernambuco, em especial, nas Unidades de Pronto Atendimento – UPAs e Hospitais Metropolitanos.

O presente estudo pretende analisar a estrutura das OSS no Estado de Pernambuco, no tocante as UPAs e Hospitais Metropolitanos, e verificar se os elementos característicos remetem a parceria com o Estado ou a terceirização e, havendo terceirização, se a mesma é lícita ou ilícita. Para a verificação dessas hipóteses, dividimos a estrutura da pesquisa em capítulos onde analisaremos os textos normativos, a jurisprudência e a doutrina, de forma qualitativa utilizando-se o método dedutivo.

O primeiro capítulo realizará uma breve análise da sociedade e do Estado, do período liberal ao neoliberal, com o intuito de verificar a evolução Estatal, em especial no tocante a prestação do serviço público de saúde.

No segundo capítulo, trataremos sobre a Reforma do Estado, com análise das disposições contidas no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e sua influência na legislação e na forma com os serviços públicos são prestados.

O terceiro capítulo é o mais denso. Nele trataremos sobre a descentralização e a desconcentração, esboçaremos as formas como o serviço público é prestado pelo Estado. Falaremos sobre a Teoria do órgão e os tipos de contrato firmados pela administração pública. Trataremos, ainda, dos conceitos básicos de Terceiro Setor e organizações sociais.

¹ Em que pese existir na doutrina divergência entre o conceito de serviço público, neste trabalho adotaremos o conceito proposto por Maria Sylvia Zanella de Pietro em seu livro *Direito Administrativo*, por entendermos mais completo. Para a autora, o serviço público seria “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Atlas, 20ª edição. 2007. pág. 90

No quarto capítulo analisaremos as organizações sociais e a relação destas com a prestação de serviço público de saúde em âmbito nacional e Estadual mediante análise legislativa, bem como analisaremos a aplicação e atuação das Organizações Sociais de Saúde.

O quinto capítulo trata de dois temas relevantes para o estudo: a terceirização e os requisitos da relação de emprego. Onde analisaremos a legislação sobre a matéria, a caracterização do instituto da terceirização e a subordinação estrutural.

Por fim, no sexto e último capítulo realizaremos uma análise das UPAs e Hospitais Metropolitanos sob a ótica de toda a construção teórica realizada no trabalho confrontando as teorias administrativas parceria entre o Terceiro Setor e o Estado e as teorias de direito do Trabalho, com enfoque na terceirização, a fim de verificar se há terceirização e, havendo terceirização, se a mesma é lícita ou ilícita nos termos da legislação vigente.

1. DO ESTADO LIBERAL AO NEOLIBERAL E O DIREITO A SAÚDE

Para Eric J. Hobsbawm¹, até o Século XVII, a monarquia absolutista dominava todos os Estados, com raras exceções como a Grã-Bretanha, que, embora seguisse o regime monárquico, possuía uma Declaração de direitos (Bill of Rights de 1689) que limitava os poderes do rei.

A monarquia absolutista era caracterizada pela centralização, na figura do rei, das leis e funções estatais e, para legitimar esse poder, em troca o monarca garantia, ainda que de modo precário, a segurança dos súditos.

No final do século XVII, no entanto, houve o surgimento de pensamentos de cunho liberal, em especial vindos de um filósofo inglês chamado John Locke, que começaram a ganhar destaque.

Em 1690 o referido filósofo publicou “O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, retomando premissas traçadas em outros ensaios, tendo determinado que, para que houvesse a compreensão do poder político, antes fazia-se necessário entender a condição natural dos homens, o estado de natureza que seria

regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas².

¹ HOBBSAWM, Eric J. A era das revoluções: 1789-1848. Editora Paz e Terra. 2015.

² LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994, p. 36.

Para o citado filósofo, a ideia do absolutismo está dissociada da ideia de estado civil, visto que caberia a um único homem “julgar em causa própria e pode fazer com todos os seus súditos o que lhe aprouver, sem o menor questionamento ou controle daqueles que executam a sua vontade”³.

A liberdade seria a base, sem ela o homem perdia tudo. Assim ao tentar subjugar um homem a outro, automaticamente entrar-se-ia no “estado de guerra”. Uma vez que, sob o poder do outro, o homem fica vulnerável a qualquer situação, inclusive a destruição e, visando o fim desse “estado de guerra”, o homem passou a viver em sociedade.

Os pensamentos do autor, em especial os que denotam que o governo emana da comunidade e que, junto com a lei, deve ser usado para o bem comum, influenciaram sobremaneira eventos importantes da história como a Revolução Inglesa e a Francesa.

Enquanto a Revolução Inglesa influenciou as formas de produção, introduzindo novos modelos de ferrovias e fábricas, a Revolução Francesa influenciou a forma de pensamento da época cujas ideias foram seguidas por diversas outras nações⁴.

Na França do século XVIII, as ideias iluministas, como ficou conhecido o pensamento de Locke, transformaram-se na base da Revolução Francesa⁵, uma vez que, nesta época, o país vivenciava um regime absolutista, estando dividido em três níveis: o Clero, a Nobreza e o povo.

O clero estava no topo da pirâmide social seguido da nobreza, possuindo, ambos, privilégios como a isenção de tributos e o exercício de cargos públicos. Ao passo que ao povo cabia arcar com as despesas do Estado e, conseqüentemente, com os custos dos gastos realizados pelo clero e pela nobreza.

³ LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994, p. 38.

⁴ HOBBSAWM, Eric J. A era das revoluções: 1789-1848. Editora Paz e Terra. 2015.

⁵ Ibid., 2015, p.169.

Ocorre que, com a influência dos ideais acima citados, o terceiro estado, que representava o povo, em especial a burguesia, passou a questionar a sua posição na sociedade, iniciando uma busca por igualdade entre os povos e combate ao absolutismo monárquico e aos privilégios concedidos a nobreza e ao clero.

Com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade, o terceiro estado, liderado pela burguesia, tomou o poder e instituiu o estado liberal, passando, o país, a ter poderes e funções limitadas.

A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido as idéias européias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa⁶

Na realidade, com a Revolução Francesa, houve a ascensão da burguesia como classe social, tendo sido esta responsável pelo levante da massa e pela instituição das ideias de Estado liberal.

No Estado Liberal, a produção de riquezas e o exercício de atividades econômicas eram de responsabilidade da iniciativa privada, “sem que houvesse qualquer ingerência do Poder Público”⁷.

O Estado liberal ⁸ pregava a dissociação entre o Estado e a economia que, por sua vez, deveria ser regulada e estimulada pelo próprio mercado, em flagrante oposição ao modelo centralizador da monarquia absolutista.

O Estado, no liberalismo, passou a ter funções específicas mediante a divisão dos seus poderes, de forma que os interesses individuais coincidiam com os interesses sociais, uma vez

⁶ HOBBSAWM, Eric J. A era das revoluções: 1789-1848. Editora Paz e Terra. 2015. p.07.

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2000. p.1.

⁸ SMITH, Adam. A riqueza das nações. Editora Saraiva: São Paulo. 2010.

que o Estado era uma convenção social, um acordo para evitar o que Locke denominou de “estado de guerra”⁹.

Veja que neste momento da história, o homem deixou de ter a proteção individual do estado, passando a ter direitos inerentes ao bem comum, ou o que a burguesia entendia como comum. Com o direito a saúde, seguiu-se o mesmo caminho.

Outra influência da Revolução Francesa foi a codificação do direito. Em 1790 houve a aprovação de um código único para todo o reino¹⁰.

La proclamación francesa de los derechos operaba así como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea – o mejor, la ideología – de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia con sus principios inspiradores, es primera y más importante consecuencia de la Declaración¹¹.

Para Gustavo Zagrebelsky¹², a importância da Declaração Francesa reside no fato de que a mesma não seria obra de um legislador, mas uma realidade. Complementando esse entendimento, aduz Hermann Heller que “no es la constitución escrita la hoja de papel, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país”¹³.

⁹LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994, p. 7.

¹⁰ “Também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a ideia da codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política. esse projeto nasce da convicção de que possa existir um legislador universal (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempo e para todos os lugares) e da exigência de realizar um direito simples e unitário”. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.64-65

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 8. Ed. Tradução Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota. 2008, p.52.

¹² Cf ZAGREBELSKY.

Contudo, “os principais documentos modernos a proclamar direitos, como o Bill of Rights inglês de 1689, a Declaração de Independência Americana de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 não fizeram qualquer menção à saúde”¹⁴. Embora tais documentos tivessem influenciado a adoção de limites ao Estado, não incluíram o direito a saúde como uma função estatal. “No caso da saúde, considerando que a ciência médica ainda não se encontrava plenamente desenvolvida, a assistência à saúde confundia-se com o auxílio prestado aos desvalidos e indigentes, na medida que poderiam perturbar a ordem e transmitir doenças”¹⁵

No período em que se consolidou o Estado limitado pelo Direito, pode-se verificar um duplo movimento que abalou os dois mecanismos de atenção à saúde das pessoas até então existentes: (i) de um lado, rompeu-se o caráter assistencial dos Estados absolutistas; (ii) de outro, formaram desestimulados ou mesmo reprimidos os corpos sociais que proviam assistência aos necessitados e enfermos ¹⁶.

Assim, os documentos da época serviram para limitar a interferência estatal em todos os setores, em especial, na economia. Com base em tais documentos, ainda no século XVIII e início do XIX, o mundo passou por transformações, visto que a burguesia deu início a uma nova fase, que para alguns historiadores persiste até os dias atuais, a industrialização. Esse novo modelo alteraria sobremaneira a vida da sociedade e a noção atual do capitalismo, pois provocou a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com uso de máquinas.

Antes as atividades estavam centradas no campo, o que provocava certa saturação, agora, com a industrialização, houve a migração da população do campo para a cidade, bem

¹³ HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Economica: México. 2000, p.317.

Em tradução livre significa: Não é a constituição folha escrita de papel, mas as relações de poder reais que existem em um país.

¹⁴ MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p.22.

¹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p.31.

¹⁶ Ibidem. 2010, p.24. Nessa mesma página o autor destaca que nos Estados Unidos da América foram criadas associações para assistência à saúde, apesar da omissão do texto normativo.

como a imigração de trabalhadores de outros países para o labor nas indústrias. Um enorme contingente de trabalhadores passou a viver nas cidades em busca de melhores condições de vida e de trabalho. Contudo:

as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo. Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram¹⁷

A igualdade formal aplicada no Estado Liberal apenas serviu para expandir o capitalismo.

A revolução industrial trouxe transformações importantes para as formas de produção, contudo, as empresas mais bem-sucedidas e estruturadas cresciam, enquanto outras fracassavam, ou faliam, ou eram compradas pelas maiores, de modo que as grandes empresas passaram a monopolizar setores da economia. Para continuar mantendo o mesmo nível de crescimento e enriquecimento, era preciso aumentar a quantidade de matérias-primas e mão-de-obra barata, bem como atuar para inflar o mercado consumidor.

Assim, as empresas de maior porte passaram a investir capital em outros países, por meio das colonizações, o que deu ensejo a nova fase do capitalismo, o Imperialismo.

No imperialismo as nações mais poderosas buscam ampliar e manter controle sobre povos menos favorecidos, apropriando-se de matérias-primas e mão-de-obra. Ocorre que, em um dado momento da história, mais notadamente no início do Século XX, as potências mundiais já exerciam seus poderes sobre os países menos desenvolvidos, não havendo territórios livres que permitissem novos avanços, o que começou a provocar disputas por

¹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012,p.8.

colônias. Essas disputas aumentaram ao ponto de provocar, em 1914, a Primeira Guerra Mundial.¹⁸

No período pós-guerra surgem a Constituição do México, em 1917, e a Constituição Alemã, em 1919, consagrando o reconhecimento de direitos sociais.

Após três anos de guerra, a Europa, que serviu de palco para as batalhas, enfrentou uma das piores crises econômicas. Paralelamente, movimentos socialistas e comunistas surgiram para mobilizar a classe trabalhadora a tomar o poder, essa onda de instabilidade e o medo do avanço do comunismo provocou o crescimento de partidos de direita que buscavam soluções para a crise por meio de um governo forte, centralizado e nacionalista.

Na Itália e na Alemanha, o fascismo e o nazismo, respectivamente, ascenderam ao poder sob a liderança de Benito Mussolini e Adolf Hitler. Golpes políticos organizados por militares e apoiados pela burguesia deram início ao franquismo, na Espanha, e ao salazarismo, em Portugal. O caráter expansionista desses regimes terminou por provocar a Segunda Guerra mundial

O final da Segunda Guerra Mundial e a metade do Século XX foram marcados pela ruína do regime autoritários e a necessidade de uma redemocratização dos países definindo o papel da Constituição e a influência do Direito Constitucional nas instituições. Nasce, nesse período, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana. No plano internacional, houve a criação da Organização Mundial de Saúde, em 1946, consagrando o direito a saúde.

Neste período ganham força os ideais do Estado Social, onde a grande preocupação passou a ser o bem comum e o interesse público, um contraponto ao individualismo vivido no Estado Liberal.

Houve o clamor pela concessão, pelo Estado, de direitos sociais, dentre eles, o de saúde. “O Estado social seria, por conseguinte, meio caminhado andado, importando, pelo

¹⁸ BEAUD, Michel. A história do capitalismo de 1500 até nossos dias. São Paulo: Brasiliense, 1987.

menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado”¹⁹, sendo o direito político o mais festejado, pois possibilitaria a transformação social.

Contudo, o Estado Social terminou por provocar um crescimento exacerbado das funções estatais “que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio separação dos Poderes conduz à ineficiência na prestação de serviços”²⁰.

Assim, enquanto no liberalismo o cidadão desejava a não atuação estatal, com o advento do Estado Social aquela passou a ser exigida, mudando por completo o paradigma social.

O Estado Democrático de Direito surge como sendo um regime ideal, uma vez que haveria a junção das noções de democracia e de constitucionalismo, que embora antagônicas, possibilitariam a criação de uma sociedade organizada capaz de promover o pluralismo, o respeito aos direitos humanos e a justiça social²¹.

“Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular”²².

O surgimento do constitucionalismo coincide com as revoluções burguesas do século XVII e XVIII e o advento de estado liberal. Nasce a ideia de “submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a incolumidade

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 165.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 11.

²¹ BINEMBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, Rio de Janeiro: Renovar, 2004

²² BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>> Acessado em 20 de nov de 2016.

das liberdades individuais frente ao Estado²³”.

O povo, através de representantes eleitos, exercia seu poder soberano ao elaborar a constituição. Tal poder (constituente), que não sofre qualquer restrição jurídica, exceto do direito natural, estabelece os limites que pautarão o exercício da legislatura ordinária (o poder constituído). Erguia-se, assim, um dos pilares do pensamento constitucional que é a supremacia da constituição. O poder político só é legítimo quando exercido dentro dos lindes traçados na Lei Fundamental²⁴.

Já a democracia é um sistema de governo cujas origens remontam a Grécia Antiga, e tem por fundamento a igualdade. Essa igualdade se expressa em duas vertentes, a saber: a) a isonomia, que significa a igualdade de todos perante a lei, e a b) isagoria, que é a igualdade de poder para se manifestar perante a assembleia, a igualdade de participação no espaço público das decisões políticas.

O novo constitucionalismo, segundo Luís Roberto Barroso, tem referências:

no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.²⁵

No Brasil, este fenômeno é constatado com o advento da Constituição da República de 1988, oportunidade em que se passou de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, preocupado com a concretização de direitos, como igualdade e justiça social, e,

²³ BINEMBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 16.

²⁴ Ibidem, p. 23.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acessado em 23 de nov de 2016.

ainda, com a garantia de direitos fundamentais, dentre eles, o direito a saúde. Antes o Estado era um ente meramente executivo, contudo, com o advento da Carta Magna de 1988 passou a ser um ente garantidor de direitos.

Ocorre que o período pré-constituição de 1988, em especial a partir da década de 1970, foi marcado por crises, em particular a “crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição da República atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas”²⁶. O Estado, apesar dos deveres assumidos, precisava reestruturar os cofres públicos para poder prestar um serviço público de qualidade, eficaz e eficiente.

Como compatibilizar as novas funções estatais com o déficit nos cofres públicos?

“Estado de Bem Estar Social”, havia se transformado num Estado estatizante, coletivista e demasiado grande. A redução do tamanho do Estado é medida que se impõe, de modo que este deveria ter um papel rigorosamente limitado, notadamente, diminuindo sua influência na sociedade e na economia²⁷.

Em 1994 houve a implantação do plano real que renovou a economia. Contudo, apenas a implantação de uma nova moeda não acabaria, definitivamente, com a crise vivenciada. Era preciso pensar a médio e longo prazo para, assim, se evitar uma nova crise, era preciso pensar em uma reforma administrativa capaz de garantir a eficácia e a eficiência do serviço público, sem comprometer as contas públicas, surgindo, assim, a aplicação dos ideais do neoliberalismo no Brasil.

O neoliberalismo surgiu na década de 1970 como sendo a aplicação dos preceitos

²⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 31.

²⁷ DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo. . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618>. Acesso em 15 de nov 2016.

liberais, desta feita, adequando-os as exigências do Estado assistencialista, com o mínimo grau de intervenção estatal em áreas não exclusivas.

Nas palavras de David Harvey:

Neoliberalism is a theory of political economic practices proposing that human well-being can best be advanced by the maximization of entrepreneurial freedoms within an institutional framework characterized by private property rights, individual liberty, unencumbered markets, and free trade. The role of the state is to create and preserve an institutional framework appropriate to such practices²⁸.

Em que pese possuímos uma Constituição voltada para o bem-estar social, a reforma administrativa da década de 1990, nada mais é²⁹ que a adoção das teorias do neoliberalismo, uma vez que visa direcionar a atuação da máquina pública para a prestação de serviços exclusivos, visando maior eficiência, conforme será demonstrado adiante.

1.1 O direito a saúde e a prestação de serviços de saúde pelo Estado

O Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, é tido como marco inicial da regulamentação pelo Estado Brasileiro de atividades de proteção social, que incluíam a prestação de serviços de saúde, que até então era realizada por entidades ligadas às Igrejas e por grupos de imigrantes ou profissionais de determinadas áreas.(...) A Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975, criou o Sistema Nacional de Saúde e acabou por consagrar um modelo dúplice de saúde individual e saúde coletiva: enquanto o Ministério da Saúde (MS) detinha competência para

²⁸ HARVEY, David. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. Neoliberalism as creative destruction. Disponível em <<http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/610/1/21>> Acessado em 16 de dez de 2016. Em tradução livre, seria o Neoliberalismo a representação de uma teoria sobre práticas de política econômica onde o bem-estar humano pode ser mais bem promovido por meio da maximização das liberdades empresariais dentro de um quadro institucional caracterizado por direitos de propriedade privada, liberdade individual, mercados livres e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar um quadro institucional apropriado a tais práticas. Assim, o Neoliberalismo representaria a minimização do Estado por meio da pouca intervenção estatal.

²⁹ E aqui utilizamos o verbo no presente, visto que a reforma administrativa começou mais fortemente na década de 1990, contudo, perdura até os dias atuais, estando o Estado em continuo aprimoramento.

formular a política nacional de saúde e promover ou executar ações preferencialmente voltadas para as medidas e os atendimentos de caráter coletivo, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), que incorporou o INPS, tenha sua atuação direcionada ao atendimento médico-assistencial individualizado³⁰.

Neste período, não havia uma política clara que definisse os deveres dos prestadores o que provocava uma série de questionamentos e impedia o fornecimento adequado do serviço de saúde. Com o advento da Constituição da República de 1988, houve uma divisão entre as responsabilidades públicas quanto a ordem econômica e a ordem social. “Com relação à ordem econômica, fica mais claro o caráter de subsidiariedade do Estado na prestação direta de atividades econômicas”³¹. Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto a ordem social.

Até o advento da Constituição da República de 1988, a saúde não era compreendida como um direito fundamental.

Neste período, não havia uma política clara que definisse os deveres dos prestadores o que provocava uma série de questionamentos e impedia o fornecimento adequado do serviço de saúde. Com o advento da Constituição da República de 1988, houve uma divisão entre as responsabilidades públicas quanto a ordem econômica e a ordem social. “Com relação à ordem econômica, fica mais claro o caráter de subsidiariedade do Estado na prestação direta de atividades econômicas”³². Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto a ordem social.

³⁰ MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p.91-92.

³¹ VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009. P.88.

³² VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009. P.88.

O art. 193 da Constituição de 1988 define como objetivo da ordem social ³³o bem-estar e a justiça sociais.

A saúde passou a ser um direito universal, tendo o Estado o dever de garanti-lo a toda a população. Contudo, nos termos da Carta Magna³⁴, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que pode atuar de forma complementar ao sistema único de saúde³⁵.

Na área de saúde fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem a necessidade de concessão ou permissão, que entidades privadas, sejam do mercado (entidades com fins lucrativos) ou do Terceiro Setor (entidades sem fins lucrativos), prestem este serviço³⁶.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição determina quatro espécies de serviços “sobre os quais o Estado não detém a titularidade exclusiva”³⁷, são eles: a saúde, a educação, a previdência social e a assistência social. Especificamente quanto ao serviço de

³³ Segundo o Título VII da Constituição da República, correspondem a ordem social, a seguridade social, a saúde, a educação, a cultura, a previdência social, a assistência social e o desporto. Neste trabalho focaremos, especificamente, na saúde.

³⁴ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

³⁵ Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁶ VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009,p.91.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26ª Ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2008. P. 681-683

saúde, o mesmo seria classificado como um serviço de prestação obrigatória do Estado, mas sem exclusividade e, como tal, “não pode ser prestado exclusivamente por terceiros”.

Corroborando esse entendimento, podemos citar a Lei orgânica de Saúde, Lei nº 8.080/90, que ressalta em suas disposições gerais que, embora seja um direito fundamental e dever do Estado, este não responde pela promoção da saúde de forma isolada, uma vez que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (art. 2º, §2º), ademais, “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar” (art. 4º, §2º).

Como é possível perceber, a Lei nº 8.080/90 trata de forma expressa da complementariedade do serviço de saúde pela iniciativa privada e não da transferência, para a iniciativa privada, de toda a prestação do serviço de saúde em si.

Buscando a integração entre o setor público e o privado, houve a inserção, por meio da Lei nº 8.142/1990 da participação da comunidade na prestação de serviços pelo SUS³⁸ mediante contrato ou convênio, tendo preferência na prestação complementar dos serviços as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Na esfera governamental, a referida lei determina as diretrizes básicas para a configuração das responsabilidades Federal, Estaduais e Municipais.

Contudo, em uma análise sobre a prestação de serviço público de saúde, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal -PDRAE, principal documento responsável pela reforma administrativa, concluiu que a baixa qualidade na prestação de serviços de assistência

³⁸ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

hospitalar e ambulatorial, aliada a deficiência financeira acarretada pela indefinição do sistema administrativo terminavam por dificultar a prestação eficiente do serviço público de saúde, sendo necessário repensar a estrutura do SUS.

O que se está procurando, por meio desta reforma, não é abranger todo o SUS, mas uma das partes fundamentais do mesmo – e certamente a mais cara - a assistência ambulatorial e hospitalar.

(...)

Hospitais estatais deverão, em princípio, ser transformados em organizações sociais, ou seja, em entidades públicas não-estatais de direito privado com autorização legislativa para celebrar contratos de gestão com o poder executivo e assim participar do orçamento federal, estadual ou municipal³⁹.

Ora, o Brasil passava por uma crise financeira, aliado a isso, pela primeira vez na história o direito a saúde, antes concedido de forma precária, foi alçado à categoria de direito fundamental, é certo que a prestação do mesmo seria insatisfatória, pois ainda se encontrava em fase de adaptação e aprimoramento. Não sendo a transferência dessas atividades a iniciativa privada a melhor e mais adequada solução.

Observe-se que a transferência de atividades na área de saúde por meio de Organizações sociais, bem como a descentralização do sistema de saúde foram os principais pontos relativos a área de saúde contidos no PDRAE. Os hospitais públicos transformar-se-iam em organizações sociais e receberiam fomento estatal.

No entanto, a aplicação de tais pontos encontra óbice nos ditames constitucionais, conforme bem ressaltado por Tarso Violin que complementa o entendimento acima esposado de Celso Antônio Bandeira de Mello

Entendemos que o Estado tem um papel importante na execução direta de serviços sociais como educação, saúde, assistência social, etc. É permitido que a iniciativa privada preste estes serviços que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu

³⁹ BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.p.33.

aparelhamento para a prestação direta dos serviços sociais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que 'não tem fundamento jurídico, no direito brasileiro, a terceirização que tenha por objeto determinando serviço público como um todo'. Assim, não é possível, por exemplo, que determinado município repasse toda a gestão da educação ou saúde pública para entidades do Terceiro Setor⁴⁰.

Assim, o serviço público de saúde, por ser um dever do Estado, deve ser prestado diretamente, não podendo ser transferido às organizações sociais.

Como será melhor detalhado adiante, o Estado pode atuar de forma direta ou indireta na prestação dos serviços públicos. Atuando de forma direta, o próprio ente estatal executa a atividade. Contudo, agindo de forma indireta, este pode buscar o auxílio de órgãos ou agentes públicos dentro da própria administração ou se socorrer de agentes externos a administração pública.

A partir do momento em que o Estado passa a transferir parte da execução de determinado serviço ele está terceirizando, o que é plenamente permitido. Contudo, quando o ente público transfere a totalidade da prestação do serviço público de saúde, há violação normativa, visto que não há essa autorização legal.

O que está sendo defendido aqui, destaque-se, é a impossibilidade de transferência total da prestação de serviço público de saúde para Organizações Sociais, não atingindo a transferência de atividades complementares também relacionadas a área de saúde.

Servimo-nos desse posicionamento para compatibilizar as normas constitucionais e legais, pois, a partir do momento em que há a transferência da totalidade do serviço, deixa de haver a complementariedade, passando há existir verdadeira terceirização ilícita de atividades públicas.

⁴⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009.p.95

Assim, a Organização Social pode atuar na complementação da prestação do serviço público de saúde, atuando em parceria com o Estado, seja por meio da prestação de atividades administrativas ou até mesmo na realização de exames ou outros serviços correlatos. O que nos opomos é a transferência da totalidade do serviço.

1.1.1 Breves considerações sobre o Sistema Único de Saúde.

O presente estudo não pretende realizar uma análise aprofundada do Sistema Único de Saúde – SUS, mas indicar como o Estado vem atuando na prestação do serviço público de saúde, apresentando um panorama compatível com o objeto da dissertação.

Vimos que a Constituição da República reconheceu a saúde como um dever. Em 2011, o Decreto nº 7.508/2011, regulamentou a Lei nº 8.080/90, e definiu que “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas portas de entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada”.

Essa “porta de entrada”, conforme citado na Lei nº 8.080/90, encontra-se situada na rede municipal e refere-se à atenção básica, em especial a Estratégia Saúde da Família⁴¹, onde o município, com o recebimento de verbas federais e estaduais, transformou o modo de ingresso da população no SUS⁴².

⁴¹ PORTAL DO DEPARTAMENTO DE ATENÇÃO BÁSICA. Estratégia Saúde da Família. Disponível em <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esf.php>. Acessado em 10 de janeiro de 2017

⁴² “Os municípios e o Distrito Federal, como gestores dos sistemas locais de saúde, são responsáveis pelo cumprimento dos princípios da Atenção Básica, pela organização e execução das ações em seu território”. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção À Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Atenção Básica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 4. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2007. 68 p. – (Série E. Legislação de Saúde) (Série Pactos pela Saúde 2006; v. 4), p. 14.

Antes, os grandes hospitais atendiam as demandas de baixa, média e alta complexidade, o que provocava a superlotações das unidades hospitalares. Hoje, com a Estratégia de Saúde da Família, uma equipe multiprofissional atua nas comunidades, reconhecendo as principais necessidades da população, atuando de forma preventiva, auxiliando e atendendo os cidadãos evitando o agravamento e proliferação de doenças, regionalizando o atendimento.

Conforme informações extraídas do Portal da Saúde, do Ministério da Saúde, cada equipe de Saúde da Família⁴³ deve ser responsável por até quatro mil pessoas⁴⁴.

No Estado de Pernambuco, o serviço de saúde é prestado de forma conjunta, existindo os hospitais de referências, as Unidades de Pronto Atendimento, os Hospitais metropolitanos, os Hospitais regionais e as Unidades Pernambucanas de Atenção Especializada, esses últimos destinados com exclusividade ao interior do Estado.

Os hospitais de referências são os grandes hospitais tradicionais que recebem fomento do Estado de Pernambuco e do SUS para a prestação de serviços especializados. Seus funcionários são, em sua maioria, servidores públicos estaduais, efetivos. Esse tipo de unidade hospitalar encontra-se em todo o Estado de Pernambuco, não sendo exclusivo da capital.

Os hospitais regionais são unidades de saúde criadas no interior do Estado de Pernambuco como forma de desobstruir os hospitais de referência, bem como destinam-se a descentralização do serviço público de saúde no interior do Estado, levando um serviço de

⁴³ “Um ponto importante é o estabelecimento de uma equipe multiprofissional (equipe de Saúde da Família – eSF) composta por, no mínimo: (I) médico generalista, ou especialista em Saúde da Família, ou médico de Família e Comunidade; (II) enfermeiro generalista ou especialista em Saúde da Família; (III) auxiliar ou técnico de enfermagem; e (IV) agentes comunitários de saúde. Podem ser acrescentados a essa composição os profissionais de Saúde Bucal: cirurgião-dentista generalista ou especialista em Saúde da Família, auxiliar e/ou técnico em Saúde Bucal”. PORTAL DO DEPARTAMENTO DE ATENÇÃO BÁSICA. Estratégia Saúde da Família. Disponível em <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esf.php>. Acessado em 10 de janeiro de 2017.

⁴⁴ PORTAL DO DEPARTAMENTO DE ATENÇÃO BÁSICA. Estratégia Saúde da Família. Disponível em <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esf.php>. Acessado em 10 de janeiro de 2017.

referência para próximo da população que não precisará mais se deslocar para a capital para realização de atendimentos.

As Unidades Pernambucanas de Atenção Especializada fornecem serviços de consultas com médicos especialistas no interior do Estado, também com forma de evitar ou diminuir o deslocamento do paciente do interior para a capital.

No presente estudo, trataremos, de forma específica, das Unidades de Pronto Atendimento e Hospitais Metropolitanos visto que surgiram após os hospitais de referências, como forma de descentralização da prestação de serviço público de saúde, assim, serão analisados de forma mais precisa em tópico próprio. Deve-se destacar que, embora situados na região metropolitana, o sistema de organização dos mesmos é idêntico ao utilizado nas UPAs e Hospitais Regionais.

2. A REFORMA ADMINISTRATIVA

2.1 Tópicos gerais

Reformar o Estado significa superar de vez a crise fiscal, de forma que o país volte a apresentar uma poupança pública que lhe permita estabilizar solidamente os preços e financiar os investimentos. Significa completar a mudança na forma de intervenção do Estado no plano econômico e social, através de reformas voltadas para o mercado e para a justiça social. Reformar o Estado significa, finalmente, rever a estrutura do aparelho estatal e do seu pessoal, a partir de uma crítica não apenas das velhas práticas patrimonialistas ou clientelistas, mas também do modelo burocrático clássico, com o objetivo de tornar seus serviços mais baratos e de melhor qualidade. Em qualquer das três hipóteses reformar o Estado significa dar uma resposta positiva ao problema fundamental do último quartel deste século: a crise do Estado⁴⁵.

É com esse discurso que o então Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado do Brasil, Luiz Carlos Bresser Pereira, inicia a sua fala em uma conferência destinada aos membros do Congresso Nacional.

Adotando uma visão puramente neoliberal, fazia-se necessária uma reforma estatal capaz de controlar e superar a crise vivenciada pelo Brasil, sendo peça fundamental a reforma do aparelho do Estado.

Como dito, entre os anos de 1979 e 1994, o Brasil passou por um período de grande crise, com a alta da inflação e do custo de vida, sendo necessária a realização de uma reforma no estado capaz de reduzir os gastos públicos, a dívida externa e estabilizar a moeda.

Contudo, na contramão desses ideais, surge a Constituição de 1988 e, com ela, a implantação do “regime jurídico único”⁴⁶ em toda a administração pública, a obrigatoriedade

⁴⁵ PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado. 1995. Disponível em < <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=571> > Acessado em 15 de out 2016.

⁴⁶ Com o advento da Constituição da República os profissionais que laboravam em favor da administração pública e que não foram previamente aprovados em concurso público para ingresso no serviço público, foram efetivados em suas funções. Assim, os referidos profissionais, da mesma forma que os servidores aprovados em

do concurso público para admissão de pessoal, bem como “transformou, de um golpe, mais de 400 mil funcionários celetistas das fundações e autarquias em funcionários estatutários”⁴⁷. Por fim, quanto ao sistema previdenciário, garantiu “aos funcionários públicos a possibilidade de se aposentar, por tempo do serviço, em geral antes dos cinqüenta anos, com um valor de aposentadoria correspondente a 120% do último salário. Com isso a crise fiscal era decisivamente agravada”⁴⁸

A crise vivenciada se alastrou até a implantação do plano real em 1994. Com ele, houve a redução da inflação e a retomada do crescimento. No entanto, caso não houvesse uma reforma administrativa que visasse diminuir os custos da máquina pública, o Brasil poderia retornar à situação de crise.

Foi a partir de 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, que a grande reforma do Estado começou a ser estruturada, surgindo os ideais da administração pública gerencial em contraponto a administração pública burocrática, em uma nítida adoção dos ideais neoliberais.

Para Bresser, a administração burocrática era uma maneira segura de administrar, contudo, não era eficiente, já que não garantia nem um custo baixo para a administração

concurso público prévio, passaram a manter uma relação estatutária com o Poder Público, onde a lei, denominada estatuto, detalharia os direitos e deveres derivados dessa relação. A principal vantagem do regime estatutário é, sem sombra de dúvidas, a estabilidade, visto que o servidor estável não pode ser livremente exonerado. Podemos dizer, então, que o regime jurídico único corresponde a uma imposição constitucional de criação de um único regramento jurídico capaz de regulamentar a relação servidor-Estado. O regime jurídico único, delimitado a partir do art. 37 da Constituição de 1988, perdurou até o advento da EC nº 19 que permitiu a coexistência de dois regimes: estatutário e celetista. Contudo, esse duplo regime não perdurou por muito tempo, visto que o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI nº 2135, entendeu pelo restabelecimento do regime jurídico único.

⁴⁷ PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva Internacional. São Paulo: Ed. 34. 1998, 176.

⁴⁸ PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. A reforma do aparelho do Estado e a Constituição Brasileira. Brasília: ENAP. 1995, p. 8.

pública nem uma qualidade adequada dos serviços prestados ao público. Verificou-se que a administração burocrática é lenta, cara, e pouco ou nada orientada para a cidadania⁴⁹.

Ao passo que a administração gerencial garantiria a eficiência da administração pública, diminuindo os custos e maximizando a qualidade dos serviços prestados. O cidadão passou a ser visto, não apenas como contribuinte de impostos, mas como cliente.

“A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações⁵⁰.

Cada órgão passaria a ter metas definidas, os seus administradores teriam maior autonomia na gestão dos recursos, com controle a posteriori dos resultados e a iniciativa privada passaria a participar da administração pública.

Paralelamente a isso, tornou-se importante diferenciar as funções estatais. Quais funções deveriam ser exercidas exclusivamente pelo Estado? Existem funções não exclusivas? Se sim, quais? Definidas as funções, quais os objetivos a serem alcançados?

Com base nas respostas para essas perguntas, foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, um estudo aprofundado da administração pública orientado “para tornar a Administração Pública federal mais eficiente e mais voltada para a cidadania”⁵¹. Em que pese tenha sido voltado para a esfera federal, em verdade, suas diretrizes também poderiam ser aplicadas nas esferas estaduais e municipais.

⁴⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do aparelho do Estado e a Constituição Brasileira. Brasília: ENAP. 1995, p. 7.

⁵⁰ BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 16.

⁵¹ BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 19.

2.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE foi elaborado em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e, depois de ampla discussão, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado e pelo então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso⁵².

A idéia central do projeto era transformar a já citada administração pública burocrática em gerencial, garantindo um serviço público eficiente e eficaz com custos reduzidos, definindo estratégias para cada setor do Estado.

No PDRAE foram considerados quatro setores de atuação do Estado: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas do Estado, os serviços não-exclusivos do Estado e o setor de produção de bens e serviços para o mercado.

O Núcleo Estratégico corresponderia aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público, sendo o setor responsável pela tomada das decisões estratégicas, capaz de definir as leis e as políticas públicas e cobrar o seu cumprimento.

O segundo setor, de atividades exclusivas do Estado, não corresponde a um serviço, mas a um poder que só pode ser exercido pelo Estado: o poder extroverso, que corresponde ao poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar ou o poder de definir obrigações para terceiros.

Esse poder só pode ser exercido pelo Estado, com exclusividade, não podendo ser delegado a terceiros.

No setor de serviços não-exclusivos do Estado estão inseridas as atividades que podem ser realizadas, simultaneamente, pelo Estado, pelo setor privado e pelo setor público não-

⁵² BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, Contra capa.

estatal e referentes as áreas sociais, culturais, de proteção ambiental e de pesquisa científica e tecnológica.

O quarto e último setor corresponde as atividades econômicas orientadas para o lucro.

“No primeiro setor, afirma-se que a efetividade das decisões é mais importante que a eficiência; aí pode haver um misto de administração burocrática e gerencial. Nos demais setores, a eficiência é mais importante”⁵³.

Após a definição dos setores de atuação, o PDRAE passa a analisar os objetivos, subdividindo-os em globais, inerentes a todos os setores, e específicos de cada setor.

Os objetivos globais buscam reduzir a máquina pública federal aumentando a efetividade e a eficiência do Estado, redistribuindo as atividades que são próprias da União para os Estado e Municípios.

O núcleo estratégico teria por objetivo a modernização da administração, com a profissionalização do serviço público através da implantação de políticas de carreira.

Para o setor de atividades exclusivas foram definidos três objetivos: a transformação de autarquias e fundações em agências autônomas administradas mediante contratos de gestão; a implantação da administração pública gerencial e a adoção de mecanismos de participação popular “tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas”⁵⁴.

O setor de produção de bens e serviços para o mercado teria por objetivo a privatização das empresas, bem como a implantação de contratos de gestão nas empresas que não pudessem ser privatizadas com o fortalecimento dos órgãos de regulação.

⁵³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p.35.

⁵⁴ BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 46.

Apesar das mudanças propostas em todos os demais setores, foram os objetivos definidos para o setor de serviços não-exclusivos que provocou maior inquietação, uma vez que visava transferir serviços estatais para a esfera privada por meio da “publicização”⁵⁵ com a transferência do setor estatal para o setor não estatal por meio das organizações sociais, entidades privadas, sem fins lucrativos, e com autonomia para gerir os recursos públicos, bem como com o fomento e fortalecimento de parcerias entre o Estado e a sociedade. Com o intuito de diminuir os custos e aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços.

O próprio texto do PDRAE deixa claro que já se encontrava em tramitação “projeto de lei que permita a “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de organizações sociais”⁵⁶.

De fato, em 15 de maio de 1998 foi publicada a Lei nº 9.637 que dispõem sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e a absorção destes por Organizações Sociais, sobre a qual nos debruçaremos adiante.

⁵⁵ Bresser distingue a privatização da publicização e da terceirização. Para o autor a “ privatização é um processo de transformar uma empresa estatal em privada. Publicização, de transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado, mas pública não-estatal. Terceirização é o processo de transferir para o setor privado serviços auxiliares ou de apoio”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: logica e mecanismos de controle. Lua Nova: Revista de Cultura e política: São Paulo. nº 45.1998, p.61.

⁵⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: logica e mecanismos de controle. Lua Nova: Revista de Cultura e política: São Paulo. nº 45.1998 p. 60.

3. DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Com o fito de realizar as atividades de sua responsabilidade o ente público necessita de uma estrutura administrativa capaz de atender o interesse da coletividade de forma eficiente e eficaz. Assim, faz-se necessária uma organização do Estado, com enfoque na área administrativa a fim de garantir a prestação dos serviços e funções.

Dirley da Cunha Júnior observa que o Direito Administrativo Brasileiro adota uma “divisão de sua Administração Pública em Administração Direta (composta de órgãos públicos despersonalizados) e Administração Indireta (composta de entidades jurídicas dotadas de personalidade jurídica própria)”⁵⁷.

Com isso, o Estado pode adotar quatro formas de atuação: a centralização, descentralização, concentração e desconcentração.

A primeira forma, a centralizada, é a mais simples de se compreender. “É o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço, que permanece integrado na agora denominada Administração direta”⁵⁸

A administração direta corresponde, na prática, aos entes federativos e seus órgãos, ou aquela que “se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa”⁵⁹ (DL 200/1967, art. 4º I).

Na administração direta, as funções administrativas são exercidas pelos órgãos e agentes públicos.

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Curso de direito administrativo. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012, p.173-174

⁵⁸ MEIRELLES. Helly Lopes. et al. Direito Administrativo Brasileiro.36 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 364.

⁵⁹ Conforme art. 4º, I, do Decreto-lei nº 200/67.

Por outro lado, as entidades estatais podem optar por realizar as atividades de forma indireta, descentralizada, por meio de entidades criadas para esse fim específico.

A descentralização ocorre quando,

o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente e, agora, aos consórcios públicos (Lei 11.197 de 6.4.2015). Há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ele transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou consórcio público) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal⁶⁰.

Nos termos do DL 200/1967, a administração indireta “compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mistas e d) fundações públicas”⁶¹.

A desconcentração cuida-se de uma técnica de administração, destinada a desafogar o exercício da função administrativa, haja vista que, podendo uma determinada entidade pública exercer sua atividade por meio de um único órgão público, ou seja, concentradamente, ela pode, facilitar o desempenho dessa atividade, exercê-la por mais de um órgão, o que o faz desconcentradamente⁶².

Assim, na desconcentração, a Administração Pública atribui a prestação da atividade estatal a outra pessoa jurídica, dentro de sua estrutura, por meio de hierarquia, é o caso, por exemplo, da criação de um departamento dentro da Secretaria de Educação de um

⁶⁰ MEIRELLES. Helly Lopes. et al. Direito Administrativo Brasileiro. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 364

⁶¹ Nos termos do art. 4^a, II do DL 200/1967: Art. 4^o A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas.

⁶² CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Curso de direito administrativo. 11^a ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012, p.175.

Município.

Enquanto na descentralização, essa transferência se dará para pessoas jurídicas não subordinada a administração direta, sem relação de hierarquia, mas de controle e fiscalização, podendo ser por outorga ou delegação.

3.1 A Hierarquia e a Teoria do Órgão na desconcentração

3.1.1 A Hierarquia

Conforme posto, a administração Pública atua por meio de seus órgãos e agentes, para satisfazer os interesses públicos. Contudo, para que essa atuação se efetive, faz-se necessário o respeito a certos preceitos, sendo, a relação entre o ente administrativo e seu órgão ou agente, pautada pela ideia de hierarquia.

A hierarquia “é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa”⁶³.

Com isso, podemos representar a administração pública direta como uma pirâmide. Em seu cume encontra-se o ente da federação, regredindo até a base, ou órgão mais simples.

Observe-se que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal apenas podem desconcentrar suas atividades em linha descendente, vertical, exemplo, a União desconcentra uma atividade para um órgão e este para outro órgão inferior.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74.

3.1.2 Teoria do órgão e órgãos da Administração Pública

“A noção de Estado, como visto, não pode abstrair-se da de pessoa jurídica. O Estado, na verdade, é considerado um ente personalizado, seja no âmbito internacional, seja internamente. Quando se trata de Federação, vigora o *pluripersonalismo*, porque além da pessoa jurídica central existem outras internas que compõem o sistema político. Sendo uma pessoa jurídica, o Estado manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja, as pessoas físicas que pertencem a seus quadros. Entre a pessoa jurídica em si e os agentes, compõe o Estado um grande número de repartições internas, necessárias à sua organização, tão grande é a extensão que alcança e tamanha as atividades a seu cargo. Tais repartições é que constituem os órgãos públicos.⁶⁴

Partindo desta premissa, a doutrina buscou definir o tipo de relação desenvolvida entre o agente público e a pessoa jurídica. Existem, basicamente, três teorias destinadas a relacionar o órgão a pessoa jurídica, são elas, a teoria do mandato, a teoria da representação e a teoria do órgão.

Pela teoria do mandato, o agente seria um mandatário do Estado, ocorre que o Estado não poderia outorgar mandato, pois seria desprovido de vontade, logo cai por terra a referida teoria⁶⁵.

Passou-se a considerar os agentes como representantes do Estado (teoria da representação). Acerbas foram também as críticas a essa teoria. Primeiro, porque o Estado estaria sendo considerado como uma pessoa incapaz, que precisa da representação. Depois, porque se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado, este como representado. A solução seria, à evidência, iníqua e inconveniente⁶⁶.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.13-14

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 13.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.13.

Assim, nem a Teoria do Mandato, nem a Teoria da Representação não suprem as exigências. Visando suprimir as críticas das demais teorias, foi criada a teoria do órgão, também chamada de princípio da imputação volitiva, tal teoria foi gestada pelo jurista alemão Otto Gierke, sendo, o órgão, mero instrumento para a vontade do Estado.

O citado jurista adota o critério da imputação, ou seja, a vontade do órgão é imputada a pessoa jurídica a qual encontra-se estruturalmente vinculado.

Órgãos públicos, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “são centros de competências instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”.⁶⁷

Pode-se dizer que a Administração Pública é o todo, sendo o órgão uma fração desse todo. Sua criação se destina a garantir uma especialização relativa a determinada atividade da administração.

Por ser parte integrante da Administração Pública, o órgão depende, para sua criação ou extinção, da edição de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do arts. 48, XI e 61, §1º,II, “e” da Constituição da República, a saber:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

(...)

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais

⁶⁷ MEIRELLES. Hely Lopes. et al. Direito Administrativo Brasileiro.36 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p.68.

Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Assim, não restam dúvidas que o órgão é parte integrante da administração. Contudo, quanto a capacidade processual, o órgão não é um ente autônomo, pois, salvo nos casos de impetração de mandado de segurança para salvaguardar direito de sua competência, o órgão público é destituído de capacidade processual por se tratar de um ente despersonalizado que apenas integra a pessoa jurídica, no caso, o ente federativo.

Como círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica. A capacidade processual é atribuída à pessoa física ou jurídica, como bem averba o art. 7º do CPC, segundo o qual “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Sendo assim, o órgão não pode, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, idoneidade para figurar em qualquer dos polos de uma relação processual. Faltaria a presença do pressuposto processual atinente à capacidade de estar em juízo. Nesse sentido já decidiu o STF e têm decidido os demais Tribunais⁶⁸.

⁶⁸ Cf. CARVALHO FILHO, 2015, p. 15-16. Na mesma página, o referido autor, no tocante ao STF ainda menciona decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que “não reconheceu a capacidade processual de Câmara Municipal que litigava contra o INSS a respeito de contribuições previdenciárias sobre subsídios de seus membros (REsp 1.109.840-AL, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ 17.6.2009). Também: REsp 1.164.017-PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 24.3.2010 e REsp 1.429.322, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. em 20.2.2014”.

Logo, caso um agente público cometa o ilícito, a responsabilidade de ressarcir o dano recairá sobre a pessoa jurídica a qual o órgão está vinculado e não sobre o órgão. A responsabilidade, pela teoria do órgão, será atribuída a pessoa jurídica a qual o órgão integra.

Por não possuir personalidade jurídica, os órgãos não podem exercer direitos e contrair obrigações, não sendo possível ser titular de direitos e obrigação, logo, não pode contratar sendo “juridicamente inexecutável um contrato entre órgãos, pois estes são apenas repartições internas de competências do próprio Estado⁶⁹”

Destaque-se que a determinação contida no art. 37, § 8º ⁷⁰, da Constituição da República não anula o aqui disposto, uma vez que o referido artigo refere-se ao contrato de gestão firmado entre órgão e administração pública com o intuito de estabelecer uma “coordenação gerencial no seio da Administração Pública. Além de estabelecer metas de desempenho e critérios de eficiência administrativa, esse instrumento prevê normas mais detalhadas de controle dos resultados da atividade administrativa”⁷¹.

Assim, quando falamos em órgãos públicos, inexoravelmente devemos aplicar a teoria da hierarquia, visto que o mesmo é apenas um centro de competências vinculado a Administração Pública em linha reta vertical, estando na base da pirâmide organizacional.

⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Melo Apud BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Contratos de Gestão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=645>. Acesso em dez 2016.

⁷⁰ 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: § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.

⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Administração pública, concessões e terceiro setor. 3ª ed. São Paulo: Editora Método. 2015. p.70.

3.2 Breves comentários sobre os contratos administrativos

Ao Estado é dado contratar seja sob a forma de contrato privado, seja sob a forma de contrato administrativo.

Os contratos de caráter privados são os regidos pelas normas de direito privado, notadamente as de direito civil e empresarial. São contratos de direito privado da Administração, por exemplo, a compra e venda, a doação, a permuta e outros do gênero⁷². Quanto aos contratos administrativos, podemos conceitua-los “como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”⁷³.

Não há uma legislação que limite ou descreva todos os tipos de contrato administrativos, sendo certo que a Lei 8.666/93, condensa as principais regras e princípios relativos aos contratos, contudo, não esgota o tema, visto que leis esparsas podem regulamentar tipos de contratos administrativos não abrangidos por tal lei.

Em que pese não haver uma lista exaustiva dos tipos de contratos administrativos, a doutrina indica os mais relevantes, posto que usuais, sendo, na concepção de José dos Santos Carvalho Filho⁷⁴: os contratos de obras, os contratos de serviços, os contratos de fomento, os contratos de alienação e locação e os contratos de concessão e permissão.

O contrato de obra é aquele pactuado visando a elaboração do previsto no art. 6º, I, da Lei 8.666/93 que define o conceito de obra nos seguintes termos:

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 176.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.p.177.

⁷⁴ Cf. CARVALHO FILHO, 2015, p. 184 e ss.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

José dos Santos Carvalho filho define o que seria construção, reforma, fabricação, a saber:

A construção resulta de atividades e materiais destinados à criação do bem. Reforma é o conjunto de alterações que esse bem pode sofrer, sem que seja ampliado. Ampliação pressupõe também que o bem já exista, mas que pelo contrato vai receber acréscimo em suas dimensões. A fabricação indica o sentido de criação do bem. Na recuperação (que não deixa de ser uma reforma), contrata-se para o fim especial de restauração do bem⁷⁵.

O contrato de serviços seria um

contrato onde a obrigação se traduz num facere. Algumas dessas atividades são mencionadas na lei, como as de conservação, reparação, conserto, transporte, operação, manutenção, demolição, seguro, locação de bens, e outras, todas consubstanciando típicas obrigações de fazer. A distinção entre obras e serviços, sobretudo quando se trata de serviços de engenharia, rende ensejo a algumas dificuldades: o próprio Estatuto não faz a distinção com clareza (art. 6º, I e II). Há atividades facilmente enquadradas como serviços; outras, contudo, se situam numa zona cinzenta, deixando ao intérprete a dúvida sobre se o caso é de serviço ou de obra. Aliás, no fundo a obra não deixa de ser um serviço com resultado. Para alguns estudiosos, a obra exige a elaboração de projeto básico, ao passo este não seria exigível para os serviços. Tal distinção, porém, não tem rigoroso amparo no Estatuto. Parece-nos que, apesar das dificuldades, pode entender-se que na obra há sempre um acréscimo ou modificação significativa no bem imóvel, enquanto que nos serviços gerais predomina a atividade, a execução, o facere⁷⁶.

A concessão e a permissão de serviços públicos encontram-se regulamentadas pela Lei nº 8.987/1995.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p,185.

⁷⁶ Cf. CARVALHO FILHO, 2015, p.186-187

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, concessão seria o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”⁷⁷.

Envolve uma atividade-fim do Estado, que é a prestação de serviços públicos; é um contrato administrativo por meio do qual a administração delega a um particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, sob controle do Estado, de uma atividade definida por lei como serviço público (CF, art. 175). O Estado figura como poder concedente, cabendo-lhe acompanhar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo, retomar a atividade. O concessionário deve remunerar-se, basicamente, através de uma tarifa módica cobrada do usuário e fixada de acordo com a proposta vencedora da licitação, devendo a tarifa ser capaz de remunerar o capital investido, custear a operação, viabilizar o aperfeiçoamento tecnológico e assegurar o justo lucro do concessionário⁷⁸.

Os contratos de fomento são chamados por José dos Santos Carvalho Filho como contratos de compra, pois visam a aquisição de “bens móveis necessários à consecução dos serviços administrativos. A Administração, para atingir seus fins, precisa a todo momento adquirir bens da mais variada espécie”⁷⁹.

Quanto aos contratos de permissão e concessão, estes possuem regramento próprio previsto na Lei 8.987/1995.

O conceito de permissão pode ser extraído do texto normativo, em especial no tocante ao disposto no art. 2º, IV, da Lei 8.987/1995, seria a permissão a “delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público provada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.77.

⁷⁸ SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Desestatização- privatização, concessões e terceirização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000, p.10.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 189.

É o ato administrativo unilateral, discricionário e precário da Administração concedente, que emite uma declaração unilateral de vontade visando à realização de negócio jurídico público (remunerado ou não) no interesse do particular, desde que não contrarie o interesse público⁸⁰.

O Poder concedente, nos termos do art. 2º, I, da Lei 8.987/1995, será sempre o ente da Federação titular do serviço público.

A diferença central entre os institutos diz respeito a pessoa delegada e a forma de contratação.

Enquanto a concessão será realizada entre a Administração Pública e pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão será formalizada entre o ente da Federação e uma pessoa física ou jurídica.

Na concessão, há elaboração de contrato de concessão, enquanto na permissão há assinatura de contrato de adesão.

Além dessas formas de contratação, o poder público ainda pode contratar com o terceiro setor, que, embora correspondam a entidades privadas, exercem atividade pública.

3.3 O Terceiro Setor

Podemos dizer que o Estado possui três setores distintos: o primeiro setor que representa a Administração Pública direta e indireta; o segundo setor que representa o setor puramente privado, mas notadamente o setor de mercado; e o terceiro setor.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.88.

O Terceiro Setor corresponde a iniciativa privada, sem fins lucrativos, que presta serviços de interesse social. O Estado possui interesse direto no estreitamento dos laços com a iniciativa privada como forma de garantir uma melhor qualidade e eficiência na prestação de serviços, para tanto, apresenta incentivos que visam atrair a iniciativa privada.

Durante os anos 1960 e 1970 a ditadura militar implantada em diversos países da América Latina provocou, entre inúmeros outros efeitos, a redução da participação civil no Estado e nas empresas. A impossibilidade de dialogar com esses setores levou os movimentos associativos latino-americanos a atuar no âmbito local, contando-se para as comunidades ⁸¹.

Tentando trazer um conceito sobre o tema, podemos dizer:

Em linhas gerais, podemos afirmar que o Terceiro Setor é o espaço da economia ocupado especialmente pelo conjunto de entidades privadas, sem fins lucrativos, que realizam atividades complementares às públicas, visando a contribuir com a solução de problemas sociais orientada ao bem comum. O desempenho dessas atividades é financiado com recursos de várias fontes, inclusive do próprio Governo, bem como de organismos oficiais internacionais, fundações nacionais e internacionais e outras entidades dos mais diversos segmentos da economia⁸².

Maria Silvia complementa esse entendimento ao defender que

Em todas essas entidades do terceiro setor estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se recebem ajuda ou incentivo do Estado sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de

⁸¹ ALBUQUERQUE, Antônio Carlos Carneiro de. Terceiro setor: história e gestão de organizações. São Paulo: Summus, 2006, p.29

⁸² MAÑAS, Antonio Vico. MEDEIROS, Eptácio Ezequiel de. Terceiro Setor: um estudo sobre a sua importância no processo de desenvolvimento sócio-econômico. Perspectivas em Gestão & Conhecimento, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 15-29, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/pgc>>. p. 20/21> Acessado em 20 dez 2016.

Contas. Seu regime é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público⁸³.

Quanto aos aspectos formais, as entidades do Terceiro Setor são estabelecidas pelas formas de associações ou fundações que atuam em diversas áreas.

O Manual sobre as instituições sem fins lucrativos no sistema de contas nacionais (Handbook on nonprofit institutions of national accounts), elaborado pela Divisão de Estatística das Nações Unidas em conjunto com a Universidade Johns Hopkins, adotou os seguintes critérios e características para definir as entidades que comporiam o terceiro setor: Devem ser organizadas formalmente, ou seja, com estrutura interna, com estabilidade relativa de objetivos formais, distinguindo sócios de não-sócios. São privadas, ou seja, separadas institucionalmente do governo. São auto-administradas ou capazes de administrar as próprias atividades. Não distribuem lucros a seus proprietários ou administradores. Têm alto grau de participação cidadã ou do voluntariado, isto é, podem ser livremente constituídas por qualquer grupo de pessoas, sendo a atividade da entidade livremente decidida por seus membros⁸⁴.

O Terceiro Setor é composto pelas chamadas Organizações Não Governamentais – ONG que “são instituições criadas por núcleos da sociedade para a realização de uma finalidade pública, que, via de regra, implica uma prestação de caráter social”⁸⁵, como educação, saúde, serviço social, cultura, lazer.

O crescimento do número de ONGs que prestavam serviços públicos complementares chamou a atenção dos pensadores do PDRAE, tendo, a atuação deste setor, sido objetivo central do plano diretor, como forma de integrar a participação privada a administração pública.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-provada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012 p. 259.

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Antônio Carlos Carneiro de. *Terceiro Setor: história e gestão de organizações*. 3ª ed. São Paulo: Summus. 2006. P.19-20.

⁸⁵ NÓBREGA, T. *Estado e regulação do terceiro setor: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS*. 2009. 389 f. Tese. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o Terceiro Setor possui seis características gerais⁸⁶: são criadas pela iniciativa privada; não possuem finalidade lucrativa; não integram a Administração Pública Indireta; prestam atividades privadas de relevância social; possuem vínculo legal ou negocial com o Estado; e recebem benefícios públicos.

Contudo, para a percepção de vantagens por parte da entidade da administração direta, primeiramente, a ONG deve ser qualificada como prestadora de serviço de interesse público para, em seguida ser permitida a sua participação no processo de escolha da instituição que será fomentada. Não basta ser uma instituição sem fins lucrativos para receber o auxílio estatal, conforme se extrai da análise da Lei nº 9.637/98 – que regulamenta a matéria em nível federal, conforme será melhor detalhado.

As qualificações jurídicas são meios utilizados pelo Estado para estimular e valorizar a participação das entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços de interesse público.

Cada ente da federação tem autonomia para criar qualificações, sendo as mais utilizadas as qualificações como Organização Social; Organizações da sociedade civil de interesse público e o Sistema "S" que compreende os Serviços sociais autônomos. Neste estudo, trataremos apenas sobre a qualificação de entidade sem fins lucrativos como Organização Social a fim de não fugirmos do tema central.

3.3.1 Organizações Sociais

A organização social é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Administração pública, concessões e terceiro setor. 3ª ed. São Paulo: Editora Método. 2015. p.339.

realização de seus fins, que devem ser necessariamente de interesse da comunidade⁸⁷.

Assim, entende-se por Organizações Sociais - OS as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder e, assim, terem direito à dotação orçamentária.

As OS foram pensadas no PDRAE como uma forma de permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não exista o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantido o financiamento do Estado, forem fornecidos pelo setor público não-estatal, uma vez que estes já exercem a prestação do serviço público complementar.

Essas pessoas, a quem incumbirá a execução de serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por contratos de gestão, constituem as organizações sociais. Advirta-se, porém, que não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas. Não integram o sistema formal da Administração Pública; assumem, entretanto, a qualidade de entidades parceiras do Poder Público, visando à execução de determinadas tarefas de interesse público⁸⁸.

Essas entidades terão autonomia administrativa e financeira, respeitadas condições descritas em lei específica, mesmo recebendo recursos orçamentários do ente público. Contudo, a administração direta não é sua única fonte provedora, podendo, as organizações sociais, obterem outras formas de recursos financeiros como retribuição por prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc.

⁸⁷ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações Sociais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>>

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.367.

A utilização de OS para a consecução de serviços Públicos foi amplamente discutida no PDRAE, como forma de desburocratizar o serviço público, garantindo uma maior participação da comunidade e a prestação eficiente do mesmo, reduzindo os custos do Estado.

Trata-se, na realidade, de uma nova forma de “parceria entre o Estado e o Terceiro Setor, sem necessidade de concessão ou permissão”⁸⁹, sendo, portanto, uma forma diversa de descentralização, diferente das citadas anteriormente.

No âmbito nacional, a qualificação das OS encontra regulamentação na Lei nº 9.637/98, conforme será delimitado no tópico seguinte. Contudo, cada ente da federação é responsável pela edição das leis que regulamentarão a qualificação das ONGs, visto que podem ou não aderir a política de descentralização proposta.

3.3.1.1. A Lei nº 9.637/98

No âmbito federal, coube a Lei nº 9.637/98 dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais entre outras providências.

O Art. 1º da Lei 9.637/98 dispõe:

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

⁸⁹ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações Sociais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>>

Observe-se que a lei fala que o Poder Executivo “poderá qualificar como organização social”, sendo, portanto, um poder discricionário do administrador público.

A referida lei ainda faz menção aos requisitos específicos para a habilitação. O inciso I ressalta os procedimentos formalístico relativos ao conteúdo dos atos constitutivos ⁹⁰. Contudo, merece destaque o disposto no inciso II, que define como requisito para a qualificação como OS a aprovação, “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”, reforçando a discricionariedade do ato.

Observe-se que a lei regulamentadora deixou de fixar critérios objetivos para a escolha da entidade sem fins lucrativos a ser qualificada, deixando ao arbítrio do Agente Público, o que pode provocar o desvirtuamento do instituto em benefício próprio ou de terceiros e não do bem comum.

⁹⁰ 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:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

Uma vez concedida a qualificação, a entidade passará a contar tanto com recursos orçamentários, quanto com bens públicos, móveis e/ou imóveis, transferidos mediante permissão de uso, necessários ao cumprimento do contrato de gestão. O art. 14 da lei federal traz, ainda, a possibilidade de cessão especial de servidores públicos, cujo o ônus recairá sobre a instituição de origem, para auxiliar nas atividades das OS.

Ora, as instituições qualificadas como OS receberão fomento para a prestação da atividade e, como tal, deveria obedecer a critérios objetivos a fim de minimizar ou coibir qualquer desvirtuamento.

Devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o Poder Público o que a lei denominou de contratos de gestão, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.¹¹⁴ Nos contratos de gestão, devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, que, como sabemos, incidem sobre todas as atividades da Administração.⁹¹

Observe-se que há a possibilidade de desqualificação da entidade quando constatado, mediante prévio processo administrativo, quando houver o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão⁹².

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015 p. 368-369.

⁹² Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca, seis requisitos para a moralização do contrato de gestão, são eles⁹³:

- a) Exigência de licitação para escolha da entidade.
- b) Comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente.
- c) Demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar patrimônio público.
- d) Submissão aos princípios da licitação.
- e) Imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados.
- f) Prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato dela administrar patrimônio público.

Visando beneficiar as Organizações Sociais, a Lei de licitações e contratos foi alterada por meio da Lei 9.648/98 para incluir, entre as hipóteses de dispensa de licitação, a celebração de contratos de prestação de serviços com as OS⁹⁴.

Embora o Plano Diretor fizesse referência ao projeto das organizações sociais como instrumento que viria a 'permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos', dando, portanto, ideia de que o Estado iria transferir atividades suas para o particular, do texto da lei consta que o contrato de gestão com tais entidades constitui instrumento de fomento e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada, e não como forma de descentralização⁹⁵.

A Lei nº 9.637/98 rege as qualificações como OS apenas no âmbito federal, cabendo a cada ente da administração traçar as suas próprias diretrizes quanto a matéria. No Estado de Pernambuco, objeto do nosso estudo, tal função coube a lei nº 11.743/2000 que é a

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público provada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.276.

⁹⁴ Nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93:
Art. 24. É dispensável a licitação: 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.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público provada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.277.

responsável pela sistematização da prestação de serviços públicos não exclusivos, dispendo sobre a qualificação de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

3.3.1. 2 A ADI nº 1923 e a prestação de serviços por OS

Antes de analisarmos a Lei Estadual nº 11.743/00, insta analisar o julgamento da ADI nº 1923, uma vez que a mesma afirmou como válida a prestação de serviços por OS.

Concretizando as disposições do PDRAE, houve a publicação, em 1998, da Lei nº 9.637/1998, que, conforme apresentado anteriormente, previu a qualificação, como organização social, de entidades da iniciativa privada e a criação do Programa Nacional de Publicização.

Ocorre que uma surgiram questionamentos quanto a existência de incongruências entre a citada Lei e o ordenamento constitucional. Foi então que o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), ingressaram com a ação, com pedido liminar, questionando a Lei 9.637/98, bem como o inciso XXIV, artigo 24, da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações), com a redação dada pela Lei 9.648/98.

Essas normas dispensam de licitação a celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

O julgamento efetivamente teve início em 2011, com o voto do Ministro Relator Ayres Britto, já aposentado, que votou pela procedência parcial da ação. Para o relator, da forma

como foi elaborada, a iniciativa privada estaria substituindo o Poder público em funções que lhes seriam típicas e não complementando a atividades estatal.

O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos. Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir. A se ter como válida a mencionada “*absorção*”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos **oficiais** de ensino, serviços **públicos** de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa **não integrante da Administração Pública**. Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal⁹⁶.

O Ministro rechaçou, ainda, a natureza jurídica do contrato de gestão. Para ele, não seria um contrato, mas um convênio firmado entre a Administração Pública e o Terceiro Setor na medida em que os interesses envolvidos na parceria não seriam opostos, mas comuns⁹⁷.

Em que pese a importância da definição da legalidade da Lei 9.637/98 no âmbito de atuação da administração pública, o processo ficou parado até 2015, quando foi retomado para

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>

⁹⁷ “E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo “não exclusivos do Estado”, dando-se que as pessoas jurídicas de direito privado **sem fins lucrativos**, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais. Daí o chamado “contrato de gestão” consistir, em linhas gerais, num **convênio**. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente. 30. Neste passo, calha invocar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem “*no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes*”. Trecho extraído do voto do Ministro Ayres Britto cujo conteúdo pode ser verificado na íntegra nos Anexos.

juízo. Durante dezessete anos, desde a edição da Lei até o juízo final, o futuro das parcerias entre o Estado e as OS era incerto.

Após pedido de vistas, o Ministro Luiz Fux apresentou seu voto dando uma interpretação conforme a Constituição para a Lei 9.637/98 e para o art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93. Para o referido Ministro, a

Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde e educação, mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais⁹⁸.

Afirmando, ainda, 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, 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 estatais⁹⁹.

No tocante aos empregados e a forma de contratação, o Ministro Luiz Fux ressaltou que os funcionários da OS seriam empregados privados, para tanto deveriam obedecer às

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, proferido no mesmo juízo.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>.

normas previstas no contrato de trabalho firmando, em especial, no tocante a remuneração, não lhes sendo aplicável as normas e requisitos relativos aos servidores públicos.

Quanto à forma de contratação de mão-de-obra, a OS deveria obedecer aos critérios da impessoalidade e objetividade ¹⁰⁰, sem, contudo, se submeter a seleção mediante concurso público.

Adotando uma postura Lassaliana, se assim podemos chamar, o Ministro Luiz Fux buscou, com o seu voto, uma interpretação conforme a Constituição, compatibilizando a norma a “Lei Fundamental”¹⁰¹.

O STF entendeu, por maioria, que o voto do Ministro Luiz Fux melhor representava o pensamento da casa, tendo o mesmo prevalecido, sendo declarada lícita a prestação de serviços públicos por OS.

Em que pese o predomínio do entendimento empossado pelo Ministro Luiz Fux, é de sensível importância trazer à baila trecho do voto-vista do Ministro Marco Aurélio que, remetendo a parte do entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto, afasta a licitude da Lei nº 9.637/98 por entender existir flagrante violação dos termos da Constituição da República de 1988.

Em resumo, o que fazem as leis atacadas? Permitem ao gestor público transformar um órgão ou pessoa jurídica pública em uma entidade de direito privado, livre das amarras inerentes ao regime jurídico público. Estou convencido de que as normas das Leis nº 9.637/98 e 9.648/98 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a observância do regime jurídico público aplicável à Administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal

¹⁰⁰ “O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados”.

¹⁰¹ Ferdinand Lassale “Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito público dessa nação”

e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme. Sob essa óptica, é evidente a ausência de razões legítimas que justifiquem a hipótese de dispensa de licitação criada pelo legislador. A transferência de recursos, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a realização do processo de licitação e em desrespeito às demais regras do regime jurídico público contraria a essência do princípio republicano e dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

(...)

Não se imagine que 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, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber os bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação. (*Curso de direito administrativo*, 28ª edição, 2010, p. 240-241).

A problemática repete a que aponteí no tocante à legislação do Estado do Paraná, que instituiu o “Paranaeducação”. Quando proferi voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864/PR, de minha relatoria, consignei: A destinação de recursos orçamentários será gerida por essa pessoa jurídica de direito privado quanto, repito, a serviço público essencial, que gera um direito público subjetivo. Haverá a gerência desses recursos sem as cautelas próprias geralmente observadas quando se faz em jogo a coisa pública. Surge, por exemplo, que essa empresa, relativamente às contratações, não está submetida – muito embora lide com dinheiro público – à Lei de Licitações. A lei prevê expressamente que o poder público – conforme já ressaltai – destinará dotações orçamentárias a essa pessoa jurídica de direito privado, permitindo-se à diretoria executiva estabelecer os critérios de compra, em licitação simplificada que não está definida. Qual seria o objetivo? Vislumbro-o oculto, implícito – driblar as exigências normativas próprias à atuação da administração pública. Portanto, não há nesse caso solução que não a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, que alterou o artigo 24 da Lei nº 8.666/93, e dos artigos 12, § 3º, e 17 da Lei nº 9.637/98, haja vista a autorização às organizações sociais para contratar, com recursos públicos, sem a observância das normas que regem a contratação pública.

(...)

A situação criada pelo legislador federal viabiliza, em última análise, que pessoas jurídicas privadas – qualificadas como “organizações sociais” – (1) realizem despesas com recursos públicos sem obedecer às normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a execução orçamentária; (2) disponham de agentes estatais, sem observância do regime jurídico dos servidores públicos; (3) façam contratações à margem da regra do concurso público e (4) administrem bens e

verbas públicas livres do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, olvidando as normas constitucionais que regem a matéria e resultando em afronta direta ao princípio republicano¹⁰².

Quanto a análise da constitucionalidade do art. 2º, mais especificamente quanto a qualificação das entidades privadas como Organizações Sociais, ponderou o Ministro Marcos Aurélio que o legislador

Emprestou ao administrador público verdadeiro cheque em branco para qualificar entidades privadas como organização social. À exceção dos requisitos estritamente formais listados no inciso I do artigo 2º, a Lei nº 9.637/98 não fixou parâmetro material algum para o gestor público qualificar pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, como organização social. Tamanha margem de discricionariedade, sem balizas objetivas mínimas, abre espaço para decisões arbitrárias do administrador, a caracterizar ofensa direta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa¹⁰³.

Sensível ao tema, a Ministra Rosa Weber destacou em seu voto apoio ao Ministro Marcos Aurélio no sentido de rechaçar a forma como foi proposta a utilizada de OS pela lei guerreada.

perdoem-me, mas seria uma terceirização da própria atividade estatal, não mais a terceirização na órbita trabalhista, da ótica do trabalho, daquele que executa o trabalho, da atividade do trabalhador, mas da atividade estatal como tal- de superar os obstáculos que foram tão bem detalhados e tão bem enfrentados no voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, ontem proferido, com amparo em especial na doutrina de Celso Antônio¹⁰⁴.

¹⁰² Trecho do voto proferido pelo Ministro Marcos Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>

Em que pese a discussão doutrinária travada pelos Ministros Ayres Brito e Luiz Fux, pedimos vênias para concordar com o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, uma vez que este se coaduna melhor a realidade fática brasileira.

Ora, a ausência de diretrizes basilares que justifiquem a qualificação das entidades sem fins lucrativos como Organizações sócias, termina por conceder liberdade total ao gestor, no caso, os Ministros e/ou titular do órgão supervisor o que pode provocar decisões arbitrárias e contrárias ao interesse público.

Não basta que sejam observados os princípios previstos no caput do art. 37 da Constituição da República, deve existir limites ou requisitos a serem observados.

Utilizaremos, como exemplo, uma entidade privada X que foi constituída, apenas formalmente, como entidade sem fins lucrativos, sem qualquer experiência na área de saúde.

Na forma como consta na no art. 1º e 2º da Lei 9.637/98 e, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, essa entidade pode ser qualificada como Organização Social para prestação de serviços públicos na área de saúde, uma vez que experiência na atividade e comprovado conhecimento técnico não são requisitos para a qualificação. Basta que o gestor responsável determine a sua qualificação.

Outro ponto importantíssimo passou incólume no julgamento, mesmo tendo sido levantado rapidamente nos acórdãos citados, o Programa Nacional de Publicização continua a existir e, da forma como consta na legislação, poderá, o poder público, utilizar-se das Organizações Sociais para privatizar a prestação de serviço de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Ora, a União poderá extinguir órgãos e entidades públicas ligadas ao ensino, a pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e a preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, transferindo as atribuições as Organizações Sociais, em flagrante terceirização de atividade estatal como bem asseverou a Ministra Rosa Webber.

Como dito em outras linhas, a Lei 9.637/98 regulamenta a qualificação das Organizações Sociais apenas em nível federal, contudo, serve de base para que os demais entes da federação possam elaborar as suas próprias leis – no caso do Estado de Pernambuco, trata-se da Lei nº 11/743/00. Observe-se, então, o perigo desse precedente aberto no julgamento da ADI 1923 no âmbito nacional.

Como é possível verificar, mesmo após dezessete anos desde a sua propositura até o seu julgamento a ADI 1923 ainda gera grandes discussões na medida em que temas de relevo não foram contemplados na decisão, causando insegurança quanto ao futuro da estrutura do Estado.

Por fim, deve-se destacar que a referida decisão não altera os parâmetros aqui discutidos, visto que analisaremos, não a legalidade da prestação de serviços por OS, mas a forma como essas entidades estão sendo utilizadas, na área de saúde, pelo Estado de Pernambuco, e a sua compatibilização com os ditames legais e jurisprudenciais relativos a terceirização.

4. A QUALIFICAÇÃO DAS OS NO ESTADO DE PERNAMBUCO

4.1 A Lei Estadual nº 11.743/2000

Seguindo os mesmos moldes definidos pela União, o Estado de Pernambuco editou a Lei Estadual nº 11.743/2000 com o intuito de regulamentar a qualificação das OS no Estado.

O art. 1º, §1º dispõe sobre os objetivos do sistema, a saber:

- I – assegurar a prestação de serviços públicos específicos com autonomia administrativa e financeira, através da descentralização com controle de resultados;
- II – garantir o acesso aos serviços pela simplificação das formalidades e implantação da gestão participativa, integrando a sociedade civil organizada;
- III – redesenhar a atuação do Estado no desenvolvimento das funções sociais, com ênfase nos modelos gerenciais flexíveis e no controle por resultados, baseado em metas e indicadores de desempenho; e
- IV- possibilitar a efetiva redução de custos e assegurar transparência na alocação e utilização de recursos.

Observe-se que o referido parágrafo assevera que será assegurada a prestação de serviços públicos específicos “através da descentralização”. Ora, como visto, a descentralização ocorre por outorga ou delegação, contudo, as OS não se enquadram como entidades da administração indireta, não sendo concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

Outro ponto que merece destaque neste parágrafo refere-se à preocupação do legislador em adequar o texto normativa as premissas do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado na medida em que reforma a ideia de administração gerencial, desburocratizada, simples e eficiente.

O art. 2º trata da complementariedade dos serviços públicos pela iniciativa privada, na medida em que permite a sua transferência para as OS dos serviços “também” exercidos pelas entidades privadas.

Quanto à qualificação, esta se dará por decreto e será precedida de processo específico que “assegure igualdade de acesso e oportunidade”, nos termos do art. 4º.

Somando-se a isso, a referida lei é omissa quanto aos critérios para a seleção da OS que firmará o com o Estado de Pernambuco contrato de gestão.

Ora, da forma como constou no texto normativo, uma vez concedida a qualificação a OS terá direito a assinatura do contrato de gestão. Ocorre que a qualificação e a contratação são atos jurídicos distintos.

Uma instituição pode receber a qualificação, contudo, não necessariamente precisa receber fomento do Estado. Na forma como constou na citada lei, bastaria a qualificação para a formação do contrato de gestão.

Observe-se que nem mesmo o Decreto nº 23.046/2001, que regulamenta a Lei 11/743/00, trata da questão da seleção da OS que celebrará contrato de gestão com o Estado de Pernambuco.

No mais, a referida lei termina por repetir, com adequações, a redação da Lei nº 9.637/98, deixando, novamente, de traçar mecanismos objetivos de qualificação.

Assim, a Lei Estadual não autoriza a transferência de atividade para a iniciativa privada, mas a participação conjunta da iniciativa privada na prestação de serviços não exclusivos para a prestação de serviços públicos específicos.

Com isso, verificamos que o caráter complementar da OS: atuação na prestação de serviço público específico de forma conjunta ao Poder Público.

Como visto, o serviço público de saúde, por ser um dever do Estado, mesmo podendo ser exercida, também, pela iniciativa privada, não pode ter sua execução transferida, *in totum*, para as OS, visto que as mesmas prestarão serviço público específico e de forma conjunta, ou seja, atuando de forma subsidiária, apoiando o Estado na execução do mesmo.

4.2 A qualificação e a seleção de Organizações Sociais de Saúde pelo Estado de Pernambuco

Além da Lei Estadual nº 11.743/2000, o Estado de Pernambuco também publicou a Lei nº 15.210/2013 que trata da qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações sociais de saúde – OSS.

A referida qualificação será concedida a pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos, que atue na área de saúde com “promoção gratuita de assistência hospitalar e ambulatorial e as atividades de ensino e pesquisa”, conforme consta no parágrafo único do art. 1º.

O art. 2º trata dos requisitos formais relativos a estrutura da entidade interessada na qualificação, mantendo-se fiel a Lei nº 11.743/2000, em que pese a referida lei não ser aplicável as OSS, nos termos do art. 30.

A entidade interessada na qualificação direcionará o pedido ao Secretário de Saúde comprovando a constituição, a regularidade fiscal, previdenciária e fundiária, bem como o “comprovante de qualificação técnica e experiência anterior na execução de projetos e programas relacionados à área de saúde”, conforme art. 3º, V.

Caberá ao Núcleo de Gestão analisar o pedido de requerimento e, após aprovação, será concedida a qualificação Técnica mediante Decreto. As entidades qualificadas serão cadastradas pelo Núcleo de Gestão e comporão um banco de dados estadual.

A estruturação do Núcleo de Gestão encontra previsão e regulamentação na Lei Complementar nº 141/2009 ¹⁰⁵.

Contudo, uma vez concedida a qualificação de uma instituição como OSS esta não é vitalícia, exigindo, a lei, a renovação da titulação a cada dois anos ¹⁰⁶. Ademais, a simples qualificação não possibilitará a assinatura do contrato de gestão, no entanto, é requisito prévio essencial para a implementação do contrato.

Uma vez qualificada como OSS, a instituição participará de uma seleção onde será escolhida a proposta de trabalho mais adequada.

Vejam que aqui a legislação busca suprir a omissão da lei geral de nº 11.743/00, entendendo qualificação e a celebração de contrato de gestão como atos distintos.

¹⁰⁵ Art. 4º O Modelo Integrado de Gestão do Poder Executivo do Estado de Pernambuco será coordenado pelo Núcleo de Gestão, subordinado diretamente ao Governador do Estado e composto pelos titulares dos seguintes órgãos:

- I - Vice-Governadoria;
- II - Secretaria da Casa Civil;
- III - Procuradoria Geral do Estado;
- IV - Secretaria de Planejamento e Gestão;
- V - Secretaria da Fazenda;
- VI - Secretaria de Administração;
- VII - Secretaria Especial da Controladoria Geral do Estado;
- VIII - Chefia de Gabinete do Governador.

¹⁰⁶ Art. 4º A cada dois anos, as entidades qualificadas como Organizações Sociais de Saúde deverão fazer a renovação da titulação, com a apresentação dos seguintes documentos:

- I - relatório das atividades realizadas nos dois últimos exercícios;
- II - balanços patrimonial, fiscal e financeiro, acompanhados das atas de aprovação pela Assembleia Geral; e
- III - documentação comprobatória de regularidade perante a Fazenda Pública, a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a Justiça do Trabalho.

A seleção terá três etapas, nos termos do art. 7º da Lei nº 15.210/2013: a publicação do edital, o recebimento e julgamento das propostas de trabalho e a publicação do resultado.

Art. 9º A proposta de trabalho apresentada pela entidade deverá detalhar os meios e recursos necessários à prestação dos serviços e, ainda:

I - a especificação do orçamento e das fontes de receita, com planilhas de custos referentes à aplicação dos recursos públicos transferidos;

II - a adoção de práticas de planejamento sistemático das ações, mediante instrumentos de programação física e financeira, de acordo com as metas pactuadas;

III - a comprovação da capacidade técnica e gerencial da entidade e de seu corpo dirigente e funcional para o desempenho da atividade objeto do contrato de gestão;

IV - a comprovação de regularidade perante a Fazenda Pública, a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a Justiça do Trabalho;

V - a comprovação de sua capacidade econômica e financeira, compatível com o objeto do contrato de gestão, de acordo com o previsto no regulamento; e

VI - a apresentação da minuta de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras e recrutamento de pessoal com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

§ 1º A exigência constante do inciso III do *caput* deverá contemplar tempo mínimo de experiência, não inferior a um ano, conforme recomende o interesse público, considerando a natureza dos serviços a serem executados.

§ 2º No regulamento próprio para a contratação de obras e serviços e para a aquisição de bens com recursos públicos, previstos no contrato de gestão, deverão ser observados os princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado.

Observe-se que o legislador considerou como exigência para a apresentação da proposta a comprovação prévia da capacidade econômica e financeira da instituição, bem como a o tempo mínimo de experiência de um ano, obrigações essas não contempladas na legislação federal.

A lei é omissa quanto ao responsável pela análise e escolha da melhor proposta, passando a tratar, especificamente, do contrato de gestão. Observe-se que a lei é omissão quanto a pessoa responsável pela escolha e não sobre o processo de escolha que se dará por seleção.

As OSS poderão receber bens móveis, mediante permissão de uso, dispensada a licitação, bem como receber servidores públicos cedidos pelo Estado de Pernambuco¹⁰⁷.

Caberá a Secretaria de Saúde será responsável pela supervisão, acompanhamento e fiscalização da execução do contrato de gestão. No entanto, na “hipótese de risco quanto ao regular cumprimento das obrigações assumidas, poderá o Estado intervir nos serviços disciplinados no contrato de gestão, com o fim de assegurar a adequação e a continuidade da prestação desses serviços”¹⁰⁸.

Havendo inexecução do contrato de gestão, ainda que parcial, poderá sofrer sanções como aviso de correção, advertência por escrito, multa e desqualificação sem direito a indenização, podendo a pena de multa ser aplicada de forma concomitante as demais penas.

Salvo nos casos de desqualificação que será efetivada pelo Governador do Estado, todas as demais serão aplicadas pelo Secretário de Saúde.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Conforme arts. 21 a 25 da Lei nº 15.210/2013 e art. 24, IV, da Lei 8.666/93

¹⁰⁸ Art. 17. Na hipótese de risco quanto ao regular cumprimento das obrigações assumidas, poderá o Estado intervir nos serviços disciplinados no contrato de gestão, com o fim de assegurar a adequação e a continuidade da prestação desses serviços.

§ 1º Os casos de intervenção serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A intervenção será feita por Decreto, que designará o interventor e indicará os objetivos, limites e duração da medida.

§ 3º O procedimento de intervenção deverá ser concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 4º Decretada a intervenção, o Secretário de Saúde deverá, no prazo de até 30 (trinta) dias, instaurar procedimento administrativo para apurar as causas determinantes da medida e definir responsabilidades, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 5º Durante o período da intervenção, o Estado poderá contratar a OSS subsequente na classificação final do processo de seleção ou, não havendo entidade classificada, poderá contratar, em caráter emergencial, independentemente de seleção pública, outra entidade, com a ressalva de que, em qualquer caso, deverão ser mantidas as mesmas condições do contrato objeto da intervenção.

§ 6º Cessada a intervenção, se não for constatado motivo para a rescisão do contrato e desqualificação da entidade, a OSS retomará a execução dos serviços.

§ 7º O interventor deverá apresentar prestação de contas e responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

¹⁰⁹ Conforme Art. 18, §3º da Lei Estadual nº 15.210/2013.

Por fim, nos termos do art. 27, “Os empregados contratados por OSS não terão qualquer vínculo empregatício com o Poder Público, inexistindo também qualquer responsabilidade relativamente às obrigações, de qualquer natureza, assumidas pela organização social”.

Ora, acaso a referida lei declarasse a existência de vínculo empregatício com o Poder Público Estadual, estaríamos diante de uma flagrante violação ao art. 37 da Constituição da República que exige, para o ingresso na carreira pública, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Feitas essas colocações, verificamos que a Lei nº15.210/2013 não discorre sobre ponto central da contratação de OSS, uma vez que deixou de definir a responsabilidade pelo julgamento das propostas.

Somando-se a isso, e possível verificar, ainda, uma quebra da estrutura da administração no momento em que o Estado de Pernambuco deixa de realizar a prestação do serviço público de saúde, deixando a cargo de um órgão, a Secretaria de Saúde, e esta, por sua vez, promove a transferência do serviço para entidade de fins não lucrativos alheia aos quadros da Administração Pública, em flagrante violação a Teoria do Órgão e a hierarquia.

Ora, a Secretaria de Saúde, enquanto órgão estatal, é um ente despersonalizado, não podendo assinar contratos, pois inexistente o elemento “vontade”. Sendo despersonalizado, não pode exercer direitos e contrair obrigações, logo não pode contratar, não podendo transferir suas atribuições para órgão ou entidade diversa.

4.3 O contrato de gestão

Os contratos de gestão foram incluídos no texto constitucional após o advento da citada EC nº19/98 que alterou o art. 37 incluindo o § 8º na Constituição da República que dispõe:

Art. 37 (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Uma vez qualificada a instituição como OS ou OSS esta poderá firmar com o ente público um contrato de gestão.

Alguns autores questionam a nomenclatura adotada quanto a formação de contrato de gestão com as OS, alguns entendem tratar-se, na realidade, de convênio uma vez que não existiria oposição de interesses, mas “uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesse comuns¹¹⁰.”

Contudo, em que pese inexistirem objetivos conflitantes, ainda assim o contrato de gestão deverá obedecer aos princípios da moralidade, eficiência, impessoalidade, legalidade e publicidade¹¹¹.

O contrato de gestão tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.386.

¹¹¹ Rafael Carvalho Resende Oliveira cita, apenas a moralidade e a impessoalidade. Contudo, optamos por adotar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho que inclui os princípios da administração como requisitos a serem observados quando da elaboração do contrato de gestão.

pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos. Enfim, pretende a modernização das empresas estatais¹¹².

No âmbito federal,

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. 1º¹¹³

A Lei nº 9.637/98 deixa claro o propósito de formação de parceria com o Terceiro Setor, ademais, o contrato tratará de cuidar das regras para fomento e execução das atividades. Veja, o que está se contratando é a execução do trabalho e não a sua titularidade.

No âmbito estadual, a Lei 11.743/2000 estabelece:

Art. 14. A execução das atividades públicas não exclusivas através de organizações sociais, dar-se-á mediante contrato de gestão, firmado entre o Poder Público e a entidade assim qualificada, por acordo de vontades, que discriminará as atribuições, responsabilidade e obrigações das partes.

¹¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro.p.333.

¹¹³ BRASIL. Lei 9.637 de 15 de maio de 1998. 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 sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>

Diferentemente do que ocorre na lei federal, a legislação estadual não se refere ao termo “parceria”¹¹⁴, autorizando, apenas, a execução das atividades pelo Terceiro Setor.

Deve-se destacar, por oportuno, que é por meio do contrato de gestão que será formada a parceria entre a Administração Pública e a Organização Social, sendo certo que a qualificação como OS deve ser prévia ou concomitante a formação do contrato.

Somando-se a isso, o contrato de gestão servirá como guia para a formação da parceria, visto que discriminará as atribuições, as responsabilidades e as obrigações, com estipulação de metas e resultados, definição dos critérios de desempenho. Nele estarão contidas todas as informações para o desenvolvimento da parceria.

4.4 As unidades de pronto atendimento e os Hospitais Metropolitanos no Estado de Pernambuco

Promovendo a regionalização e hierarquização da saúde no âmbito estadual, o Governo do Estado de Pernambuco buscou fragmentar a prestação dos serviços públicos de saúde, antes restrito aos grandes hospitais, com o intuito de melhorar o atendimento de emergência de média complexidade no SUS.

Para isso, o Estado de Pernambuco descentralizou os atendimentos para quinze Unidades de Pronto Atendimento - UPAs. “Antes, pacientes que sofriam pequenos cortes, torções, luxações ou com viroses e febres, por exemplo, precisavam buscar assistência nas

¹¹⁴ Aqui adotamos o conceito de parceria proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a parceria seria “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privados, para a consecução de fins de interesse público”. Cf. DI PIETO. P.24.

grandes emergências, já bastante sobrecarregadas com vítimas de acidentes de trânsito e violência”¹¹⁵.

As UPAs funcionam em locais estratégicos, 24h por dia, atendendo, em média “350 pacientes por dia, com uma resolutividade de 95% dos casos. A estrutura conta com consultórios, área de acolhimento com classificação de risco, leitos de enfermaria (alguns destinados à estabilização de casos graves) e salas de raio-x e inalação coletiva (nebulização)¹¹⁶.

Segundo informações contidas no site da Secretaria Estadual de Saúde¹¹⁷, o Governo do Estado de Pernambuco criou três Hospitais Metropolitanos. O Hospital Metropolitano Norte – Miguel Arraes, O Hospital Metropolitano Oeste – Pelópidas Silveira e o Hospital Metropolitano Sul – Dom Helder Câmara.

O Hospital Miguel Arraes atende os pacientes que residem na área norte da Região Metropolitana do Recife e Zona da Mata Norte e possui ambulatórios e emergência em clínica médica, cirurgia geral e traumato-ortopedia¹¹⁸.

O Hospital Pelópidas Silveira é o primeiro

¹¹⁵ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/upas>> Acessado em: 27 nov 2016.

¹¹⁶ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27 nov 2016.

¹¹⁷ Ibidem

¹¹⁸ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27 nov 2016.

do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil a oferecer assistência médica, exclusivamente, nas especialidades de neurologia, neurocirurgia e cardiologia. Com 12.734 metros quadrados de área construída, o HPS custou R\$ 109 milhões, entre obra física e compra de equipamentos. Com atendimento de urgência e emergência em cardiologia e neurologia clínica e neurocirurgia vascular, o HPS atende pacientes infartados ou com outras doenças do coração, aneurisma, acidente vascular cerebral (AVC) e tumores cerebrais, entre outros, todos encaminhados por Samu, Corpo de Bombeiros, UPAs ou Central de Regulação de Leito. Em sua estrutura, a unidade conta com 184 leitos, sendo 30 para neurologia clínica, 60 para neurologia cirúrgica, 30 para cardiologia, 30 para UTI, 24 para emergência e 10 para sala de recuperação. Entre os exames especializados, oferece cateterismo, tomografia e ultrassonografia. Com esse perfil de assistência médica, ajuda a desafogar os hospitais da Restauração, Getúlio Vargas e Regional do Agreste, nas áreas de neurologia e neurocirurgia, e Agamenon Magalhães e Dom Helder, em cardiologia¹¹⁹.

Por fim, o Hospital Metropolitano Sul Dom Helder Câmara. Essa unidade

é destinada a pacientes encaminhados por SAMU, Corpo de Bombeiros, UPAs ou Central de Regulação de Leitos e oferece procedimentos de média e alta complexidade, atendimento de urgência e emergência, internação e atendimento ambulatorial de egressos da emergência e pacientes referenciados das Unidades de Pronto-Atendimento (UPA). O diferencial do hospital é ter o perfil de Cardiologia, uma das especialidades de grande procura na rede. Construído em uma área de 12.734 mil metros quadrados e dividido em quatro pavimentos, a unidade conta com 169 leitos, distribuídos nas enfermarias de Clínica Médica, Cardiologia Clínica e Cirúrgica e Traumatologia-ortopedia, Unidade de Cuidados Intensivos (UTI Geral com 28 leitos), além de 20 leitos de observação na emergência. No total, foram investidos mais de R\$ 80 milhões com a construção e compra de equipamentos¹²⁰.

Contudo, o Estado de Pernambuco não administra essas UPAs e esses Hospitais Metropolitanos, tendo optado por transferir a gestão dos mesmos a Organizações Sociais. Dessas quinze UPAs, quatro são administrados pelo Instituto de Medicina Integral Professor

¹¹⁹ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27 nov 2016.

¹²⁰ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em: <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27.11.2015 as 16:25

Fernando Figueira - IMIP, cinco pela Fundação Professor Martiniano Fernandes - IMIP Hospitalar, uma pelo Instituto Pernambucano de Assistência à Saúde - IPAS, duas pela Fundação Manoel da Silva Almeida, uma da Santa Casa de Misericórdia e duas pelo Hospital Tricentenário¹²¹.

Quanto aos Hospitais Metropolitanos, todos são administrados pelo IMIP Hospitalar¹²².

Assim, as unidades físicas das UPAs e Hospitais Metropolitanos foram elaboradas com verbas públicas para a prestação de serviço público de saúde. Contudo, a administração e a manutenção dessas unidades são realizadas por entidades sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais que recebem fomento público para a gestão das mesmas.

Compete as citadas Organizações Sociais, a contratação de materiais, insumos, mão-de-obra para a prestação de serviços especializados e de atendimento à saúde, bem como a manutenção da estrutura predial mediante fomento do Estado de Pernambuco.

Observe-se que as qualificações dessas Organizações Sociais e, conseqüentemente, a assinatura do contrato de gestão e recebimento de fomento ocorreram ainda em 2011, portanto, antes do advento das Lei nº 15.210/2013, em que pese terem passado a adotar, no que lhes fosse compatível, os termos da referida lei, essas OS, na prática, não se submeteram aos requisitos para seleção, visto que a Lei nº 11.745/2000 é omissa quanto a matéria.

¹²¹ SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em: <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27.11.2015 as 16:25 Conforme informações contidas no Portal da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Pernambuco, onde há a descrição de cada unidade de saúde e a respectiva entidade gestora.

¹²² IMIP. Disponível em < <http://www1.imip.org.br/imip/gestao/gestaoimip/apresentacao.html> >. Acessado em: 03 de jan. de 2017.

4.4.1 O (des)cumprimento das normas trabalhistas pelas UPAs e Hospitais Metropolitanos

Em que pese atuarem na prestação de serviços de saúde, as UPAs e Hospitais Metropolitanos vem se destacando na mídia, não pela qualidade da prestação de seus serviços, mas em face de constantes atrasos no repasse das verbas salariais dos seus colaboradores¹²³.

Em 2015 as instituições atrasaram os salários de seus funcionários, levando os profissionais a exporem as situações das instituições na mídia e em diversos protestos realizados no Estado.

A alegação dada na época e divulgada na mídia foi que o Estado de Pernambuco não estaria repassando os valores devidos, bem como que houve aumento da demanda sem reajuste dos contratos de gestão, o que provocou excesso de gastos com a prestação do serviço¹²⁴.

O Presidente do IMIP, em entrevista veiculada no Jornal do Comércio¹²⁵, inclusive, chegou a afirmar que a instituição estava em atraso com fornecedores, com o pagamento da folha de pessoal, bem como que estava havendo prejuízos na prestação do serviço na medida em que pacientes com problemas mais simples estariam sendo preteridos em relação aos mais graves.

Ora, a ideia central da qualificação de OS e a celebração de contratos de gestão é fomentar atividades já desenvolvidas pelos ONGs, aumentando a eficiência do serviço e

¹²³ Por serem instituições privadas, os profissionais contratados pelas OSS estão submetidos as normas celetistas, não estando submetidos ao regime estatutário previsto para os servidores públicos do Estado de Pernambuco.

¹²⁴ Conforme matéria veiculada no Jornal do Comércio que contou, ainda, com entrevista do Presidente do IMIP, Sr. Gilliatt Falbo. Disponível em <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2015/04/11/falta-de-verba-ameaca-servicos-de-saude-176282.php>>

¹²⁵ Ibidem.

gerando uma redução de custos para o ente da federação. Contudo, da forma como está sendo gerida as OSS é possível verificar que a vontade do legislador não está sendo respeitada, no momento em que o serviço público prestado não está dentro dos padrões de excelência exigidos – visto a preterição de pacientes, bem como os trabalhadores estão sendo prejudicados na medida em que veem sofrendo atrasos em seus salários- conforme confessado pelo presidente do IMIP, principal entidade gestora das OSS no Estado de Pernambuco.

Aliado a isso, várias demandas judiciais estão em curso cobrando das instituições, em especial as regidas pelo IMIP e IMIP Hospitalar, diferenças salariais decorrentes de aumentos parcialmente concedidos.

Explicando melhor: em 2012, alguns Sindicatos de Classe, como o Sindicato dos Enfermeiros no Estado de Pernambuco – SEEPE e o Sindicato dos Profissionais de Enfermagem, Técnicos, Duchistas, Massagistas e Empregados de Hospitais e Casas de Saúde do Estado de Pernambuco – SINDPENFERMAGEM/PE firmaram Convenções Coletivas com o Sindicato dos Hospitais de Estado de Pernambuco – SINDHOSPE onde previam um salário-base diferenciado para os profissionais que laboravam nas UPAs e Hospitais Metropolitanos.

Ocorre que as instituições regidas pelo IMIP e IMIP Hospitalar, cujo sindicato patronal é o SINDHOSPE, não arcaram com o pagamento desses salários-base, mas dos salários-base previstos para as entidades filantrópicas em geral, que não receberiam fomento do Estado de Pernambuco. Assim, desde 2012 estão desobedecendo as convenções coletivas firmadas tanto pelo SINDHOSPE e SEEPE, quanto pelo SINDHOSPE E SINDPENFERMAGEM/PE.

Esses sindicatos de classes ingressaram judicialmente no intuito de perseguir essa diferença salarial e repercussões de 2012 até os dias atuais em nome de todos os trabalhadores das respectivas categorias representativas que trabalharam ou trabalham nas UPAs e Hospitais Metropolitanos.

Apenas o SINDENFERMAGEM/PE, segundo informações constantes no site da instituição¹²⁶, ingressou com onze ações contra o Estado de Pernambuco e o IMIP e IMIP HOSPITALAR.

Observe-se que se todas essas demandas forem julgadas procedentes, essas instituições deverão arcar com o pagamento de vultuosa quantia, contudo, por serem instituições sem fins lucrativos e como tal não possuem capital de giro, tais valores deverão recair sobre os fomentos estatais.

Destaque-se que o objetivo do presente estudo não é analisar essas ações judiciais, servindo as mesmas, apenas, para demonstrar o quão danoso podem ser essas ações para os cofres públicos e, em especial, para os trabalhadores com a mitigação de seus direitos.

Ora, o que na teoria serviria para desonerar as instituições públicas, essas OS, na prática, podem se tornar um verdadeiro buraco negro, puxando para si o dinheiro público.

Assim, verifica-se que, em que pese a ideia centrar-se na eficiência e na contenção de gastos com a participação popular na prestação de serviços, na prática, verificamos que o serviço público de saúde prestado pelas UPAs e Hospitais Metropolitanos, no Estado de Pernambuco, está indo na contramão dos preceitos que fundamentaram o instituto prejudicando sobremaneira a população – que não tem a qualidade do serviço prometida, e os trabalhadores – que veem seus contratos de trabalho serem precarizados na medida em que sofrem atrasos em seus salários, não recebendo o piso salarial previsto na norma coletiva de sua categoria, conforme preconizados nos processos acima indicados.

¹²⁶ São estes: Processo nº 0001575-04.2014.5.06.0182; 0001835-67.2014.5.06.0122; 0001840-89.2014.5.06.0122; 0001793-33.2014.5.06.0020; 0002036-22.2014.5.06.0102; 0001807-36.2014.5.06.0143; 0001837-74.2014.5.06.0142; 0001460-16.2014.5.06.0171; 0001469-72.2014.5.06.0172; 0001979-21.2014.5.06.0161 e 0001429-61.2014.5.06.0311. Disponível em <<http://www.sindpenfermagempe.com.br/>> Acessado em 20 dez 2016.

4.4.2 A violação a Teoria do Órgão e a hierarquia

Outro ponto que merece destaque diz respeito a formalização dos contratos de gestão.

Como visto, o ente da federação descentraliza suas atribuições em ordem vertical e descendente para os órgãos e agentes públicos, existindo hierarquia e subordinação. Assim, o Estado de Pernambuco descentraliza o serviço público de saúde para a Secretaria de Saúde, que, por sua vez é um órgão e, como tal, é desprovido de personalidade jurídica, logo, como visto, não pode contratar.

Ocorre que, conforme documento em anexo, a Secretaria de Saúde firmou contrato de gestão com o IMIP Hospitalar, tendo o secretário de saúde da época assinado como representante do Estado de Pernambuco.

O primeiro Termo Aditivo ao contrato de gestão nº 004/2011 firmado entre o Poder Público Estadual e o Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira – IMIP dispõe¹²⁷:

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelhos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente Dr. **CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO ao Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

¹²⁷ O referido contrato encontra-se no Anexos e está disponível nos autos do processo nº 0001793-33.2014.5.06.0020, em trâmite perante a 20ª Vara do Trabalho do Recife, movido pelo SINDSAUDE em face do Estado de Pernambuco e do IMIP.

Por este documento é possível perceber que a contratação não se deu pelo Poder Público concedente, no caso, o Estado de Pernambuco, mas pela Secretaria Estadual de Saúde.

Contudo, a Lei Nº 9.784/1999 - que dispõe sobre o processo administrativo regulariza a delegação realizada por órgãos, nos seguintes termos:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Assim, um órgão administrativo pode delegar parte de suas atividades não exclusivas a outro órgão, mantendo o exercício da função pública dentro da própria administração pública.

No caso em comento, a Secretaria Estadual de Saúde é órgão e, como tal, não possui personalidade jurídica¹²⁸, não podendo delegar poderes a ente alheio a administração pública, quem o faz, e o faz em seu próprio nome, é o poder público concedente, no caso, o Estado de Pernambuco.

Como é possível perceber, o referido contrato não encontra amparo legal para a sua existência, visto que assinado por ente sem personalidade jurídica, logo não pode ser sujeito

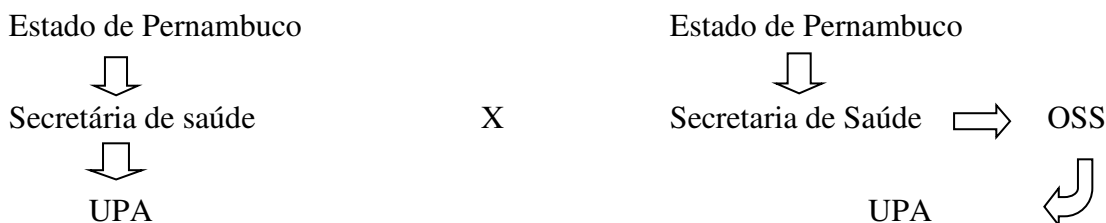
¹²⁸ “O ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 242.

de direitos; está transferindo atividade exclusiva da secretaria de saúde – prestação do serviço de saúde e está transferindo atividade exclusiva para entidade estranha a administração pública, indo de encontro a teoria do órgão e extrapolando os limites previstos na Lei nº 11.743/2000 e Lei Nº 9.784/1999.

Ora, tal contrato de gestão é, na realidade, uma aberração jurídica uma vez que temos um órgão descentralizando para pessoa jurídica alheia a administração pública.

Segundo a Teoria do órgão

Forma implantada no Estado de Pernambuco



Como é possível perceber, há o rompimento com a Teoria do Órgão e o princípio da hierarquia, uma vez que a Secretaria de Saúde, mesmo sendo um ente despersonalizado, firmou contrato e delegou a pessoa jurídica alheia a administração pública a prestação de serviço público de saúde, o que se afigura impossível.

4.4.3 O repasse orçamentário e a ausência de redução nos gastos público

O PDRAE elencou como principal fundamento para a qualificação das OS a economia que a mesma geraria ao Estado uma vez que haveria o fomento de atividades já prestadas pelas ONGs, garantindo uma maior eficiência¹²⁹ ao serviço.

¹²⁹ “Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios

Segundo dados extraídos do Relatório de Contas do Governo do Estado de Pernambuco elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco¹³⁰, no ano de 2013, quatorze entidades privadas estiveram qualificadas como OS, salvo o Núcleo de Gestão do Porto Digital e o Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira, cujas titulações expiraram e não foram renovadas até a elaboração do documento.

Segundo o documento,

os repasses financeiros efetuados para Organizações Sociais pelos órgãos estaduais, através de contrato de gestão, alcançaram R\$ 605,95 milhões em 2013”, deste total, 80% foi destinado exclusivamente para as OSS, onde o “IMIP Hospitalar recebeu o maior volume de repasses financeiros, no montante de R\$ 264,63 milhões, correspondente a 60% dos repasses para OS’s da saúde em 2013 (R\$ 482,50 milhões) ¹³¹.

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco elaborou tabela demonstrativa de todos os repasses para UPAs e Hospitais metropolitanos no ano de 2013¹³², nos seguintes termos:

e garantir-se uma maior rentabilidade social”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. P. 294.

¹³⁰ Relatório disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>> Acessado em 15 jan 2017.

¹³¹ Relatório disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>> Acessado em 15 jan 2017 p.305.

¹³² Relatório disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>> Acessado em 15 jan 2017 p. 306.

Tabela 3 - Repasses para OS's da saúde em 2013: valor repassado por UPA/Hospital – em R\$ 1,00

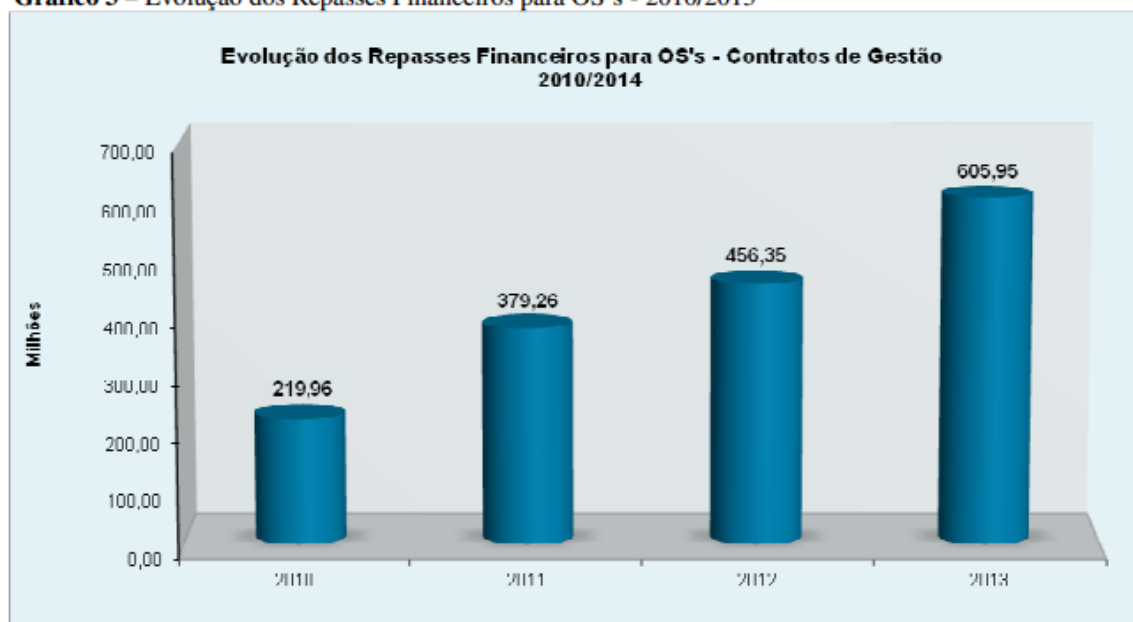
Organização Social	Hospital/UPA	Repassé (Despesa Paga)
Fundação Prof. Martiniano Fernandes – IMIP HOSPITALAR	Hospital Metropolitan Sul – D. Helder Câmara	63.462.029,30
	Hospital Metropolitan Norte - Miguel Arraes	59.006.381,04
	Hospital Dom Malan	45.616.359,82
	UPA Caruaru	14.505.999,55
	UPA Olinda	12.697.367,52
	UPA Igarassu	11.793.054,47
	UPA Paulista	11.236.015,65
	UPA Jaboatão dos Guararapes - Engenho Velho	10.786.995,26
	UPA São Lourenço da Mata	10.731.888,49
	UPA Jaboatão dos Guararapes - Barra de Jangada	10.731.888,14
	UPA Cabo	8.368.704,23
	<i>Sub-total:</i>	<i>258.936.683,47</i>
Inst. de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira - IMIP	Hospital Pelópidas Silveira	56.012.343,02
	<i>Sub-total:</i>	<i>56.012.343,02</i>
Fundação Manoel da Silva Almeida	Hospital Sílvio Magalhães	38.754.574,79
	Hospital Ermírio Coutinho - Lote II	13.390.006,57
	UPA Nova Descoberta	13.842.226,29
	UPA Caxangá	12.085.954,61
	<i>Sub-total :</i>	<i>78.072.762,26</i>
Hospital do Tricentenário	Hospital João Murilo	21.350.369,66
	UPA Curado	12.565.322,73
	UPA Ibura	11.258.002,09
	<i>Sub-total :</i>	<i>45.173.694,48</i>
Instituto Pernambucano de de Assist. e Saúde – IPAS	UPA Imbiribeira	11.785.295,67
	<i>Sub-total :</i>	<i>11.785.295,67</i>
Santa Casa de Misericórdia	UPA Torrões	11.916.323,88
	Hosp. Regional Fernando Bezerra	2.960.158,48
	<i>Sub-total:</i>	<i>14.876.482,36</i>
TOTAL DOS REPASSES EM 2013 :		464.857.261,26

Fonte: Sistema e-Fisco/2013 e contrato de gestão (Inst. de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira - IMIP)
Nota: Nos valores repassados para OS's da área saúde, incluem-se valores de Despesas de Exercícios Anteriores, que foram pagas em 2013, no montante de R\$ 9.199.977,49.

O gráfico seguinte demonstra que os gastos com OS quase que triplicaram de 2010 a 2013¹³³, a saber:

¹³³ Relatório disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>> Acessado em 15 jan 2017.

Gráfico 3 – Evolução dos Repasses Financeiros para OS's - 2010/2013



Fonte: Sistema e-Fisco/2010 - 2013

A prestação de contas elaborada pelo Governo do Estado de Pernambuco relativa ao ano de 2014 demonstra que o financiamento da Saúde aos hospitais geridos por Organizações Sociais passou de R\$ 300.552.222,68 (trezentos milhões quinhentos e cinquenta e dois mil duzentos e vinte e dois reais e sessenta e oito centavos) em 2013 para R\$431.137.845,19 (quatrocentos e trinta e um milhões cento e trinta e sete mil oitocentos e quarenta e cinco reais e dezenove centavos) em 2014¹³⁴.

Quanto ao repasse realizado as UPAs:

¹³⁴ Disponível em < <http://www.tce.pe.gov.br/contasgovpe2014/>>. Acessado em 15 jan 2017.

Ano	2012	2013	2014
TOTAL	161.555.958,38	164.305.038,58	197.569.730,18

Em R\$

Fonte: e-Fisco 2012 a 2014.

Os valores repassados em 2014 as OSS correspondem a 84% dos valores repassados as OS¹³⁵.

Como é possível perceber, ao contrário do previsto no PDRAE quando da concepção da qualificação das organizações sociais, o Estado de Pernambuco vem aumentando anualmente os valores repassados as OS, ganhando destaque os percentuais das proporcionalidades repassadas apenas as OSS que em 2014 superou 80% da totalidade dos repasses.

Em que pese tenha havido um aumento na demanda, que no ano de 2014 girou em torno de 10%¹³⁶, esse aumento não justifica o repasse de mais de 80% dos valores gastos com OS apenas para a área de saúde.

A título de comparação podemos citar que o Hospital Getúlio Vargas, que tem gestão Estadual e Municipal recebeu, no ano de 2012, vinte e oito milhões de reais de repasse, para a realização de 16.977 internações e 813.824 atendimentos, possuindo 416 leitos, sendo 31 destinados a Unidade de Terapia Intensiva¹³⁷.

¹³⁵ Dados disponíveis em < <http://www.tce.pe.gov.br/contasgovpe2014/>>. Acessado em 15 jan 2017.

¹³⁶ Dados disponíveis em <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/hospitais_e_upae_2014.pdf>. Acessado em 15 jan 2017.

¹³⁷ PORTAL BRASI. Disponível em < <http://www.brasil.gov.br/saude/2013/05/hospital-de-recife-recebe-mais-de-6-milhoes-para-atendimento-de-emergencia>>. Acessado em 03 de jan de 2017.

Assim, a razão central para a contratação de OS, em especial OSS não se justifica, visto que o custo aumenta vultuosamente e ainda não é capaz de garantir um serviço público de qualidade, uma vez que, como visto alhures, há atrasos no repassa de salários, atraso no pagamento dos serviços terceirizados e insumos, restrição de atendimentos.

5. OS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A TERCEIRIZAÇÃO

Tendo em vista que o presente estudo visa verificar a ocorrência, ou não, de terceirização ilícita no âmbito das UPAs e Hospitais Metropolitanos, é de suma importância trazer para o estudo os conceitos de terceirização e requisitos da relação de emprego, pois, conforme veremos, uma terceirização poderá ser reputada como ilícita se, na relação profissional, estiverem preenchidos os requisitos da relação de emprego.

5.1 Os requisitos da relação de emprego

A CLT apresenta, em seus arts. 2º e 3º, os requisitos e as partes da relação em emprego, a saber:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

São eles: trabalho realizado por pessoa física; pessoalidade; não eventualidade; onerosidade e subordinação. Vejamos cada um dos requisitos

A Pessoalidade corresponde a uma relação intuito personae, ou seja, o prestador do serviço não poderá ser substituído por outro durante a prestação dos serviços pactuados. “É

essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador”¹³⁸.

Observe-se, no entanto, que é possível a substituição temporária do prestador do serviço por outro profissional, sem que isso signifique a ausência de pessoalidade, é o caso, por exemplo, do empregador que contrata um profissional temporário para suprir a necessidade de mão-de-obra empregado afastado por auxílio previdenciário.

O que descaracteriza a relação de emprego é a substituição intermitente de trabalhador, ou seja, quando, para a realização do serviço, não importa a figura do trabalhador, é o caso, por exemplo, de uma universidade que contrata uma empresa de limpeza predial. Para o contratante, não importa quem prestará o serviço de limpeza, o que realmente interessa é que o mesmo esteja sendo realizado.

Diferentemente do caso acima ocorre quando uma empresa contrata um profissional para a realização da limpeza predial. No caso, o profissional X foi contratado para a prestação do serviço, não podendo ser substituído por terceiros.

A não eventualidade corresponde a permanência, a regularidade, a continuidade da prestação o serviço.

No trabalho eventual não há uma inserção continuada do prestador na organização para a qual o serviço é prestado, nem a inerência desse trabalho aos fins principais da atividade econômica da empresa, dada a singularidade do opus ou resultado, em cujo cumprimento se exaure o contrato¹³⁹.

Destaque-se que o elemento em questão não está relacionado ao contrato por prazo indeterminado, estando presente, também, nos contratos por prazo determinado.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. P.271

¹³⁹ NASCIMENTO, Amauri Marcaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.575.

Não é o tempo (dias, meses e anos) que configura a não-eventualidade, mas a regularidade e a continuidade do serviço.

Existe a não-eventualidade quando um profissional é contratado para prestar serviços de manutenção do sistema de ar-condicionado de uma empresa, duas vezes por semana, nas quartas-feiras e nas sextas-feiras. Toda quarta-feira e toda sexta-feira do mês o serviço será realizado, de forma contínua, até o término do contrato. Diferentemente do profissional contratado para realização da limpeza do sistema de ar-condicionado quando o mesmo estivesse sujo.

Assim, para estar preenchido tal elemento, faz-se necessária a continuidade do serviço.

Não só a continuidade dos serviços prestados para a mesma organização basta para caracterizar a figura do empregado. Um autônomo nessa qualidade, se prestar serviços para a mesma empresa e sem subordinação, será autônomo e não empregado, apesar da continuidade, diante da ausência de subordinação¹⁴⁰.

Quanto a onerosidade, este relaciona-se ao dever de contraprestação. Enquanto o empregado tem o dever de prestar o serviço, ao empregador cabe a contraprestação pecuniária.

Onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego. Significa, para o empregado, o dever de exercer uma atividade por conta alheia cedendo antecipadamente ao beneficiário os direitos que eventualmente teria sobre os resultados da produção, em troca de uma remuneração¹⁴¹.

Se a prestação do serviço não for gratuita, houve sido determinada a contraprestação em pecúnia, estará preenchido o requisito da onerosidade.

¹⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Marcaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 575

¹⁴¹ Ibid., p. 649

O elemento que suscita maiores discussões quando da caracterização da relação de emprego é a subordinação.

Para o Ministro Maurício Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo-motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o século XIX se manifestaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho¹⁴².

Assim, além de requisito essencial a relação de emprego, a subordinação caracteriza o próprio direito do trabalho.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

Trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se como consequência ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste¹⁴³.

A subordinação, contudo, não significa submissão pessoal, mas poder disciplinar.

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 113

¹⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 164

derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços¹⁴⁴.

A doutrina apresenta quatro subtipos de subordinação: a jurídica, a econômica, a técnica e a social.

A subordinação econômica acontece em decorrência de o salário representar o meio de subsistência do empregado.

Destaque-se que o salário pode não representar um meio de subsistência, podendo apenas servir como contraprestação pecuniária, sem influência essencial para a vida do empregado, sendo um subtipo frágil para a configuração da relação de emprego.

A subordinação técnica, por sua vez, ocorreria quando o empregador é detentor dos conhecimentos técnicos e científicos do trabalho. Contudo, não raro vemos empregadores dependentes do conhecimento técnico e científico dos empregados, demonstrando que este subtipo de subordinação não é suficiente para a configuração da relação de emprego. Para Alice Monteiro de Barros, a subordinação técnica seria apenas um dos aspectos da subordinação jurídica¹⁴⁵.

Subordinação jurídica representa, justamente, o controle disciplinar, o poder de direção do empregador.

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 302.

¹⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2009. p.267.

e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado¹⁴⁶.

Por fim, a subordinação social. Para os que a defendem, o empregado somente se insere socialmente por meio do emprego. No caso de um médico de excelente inserção social e economicamente estabelecido, independentemente da profissão escolhida, qual seria a justificativa da subordinação social?

Como é possível perceber, a subordinação econômica, a subordinação técnica e a subordinação social, isoladamente, são frágeis para determinar a configuração da relação de emprego. Contudo, a subordinação jurídica, ao contrário, está presente em todas as relações empregatícias, sendo, portanto, elemento essencial.

A subordinação jurídica deve ser vista sob um prisma objetivo, de forma a atuar sobre o modo de realização da prestação de serviços do empregado e não sobre a sua pessoa. Em razão disso, revela-se incorreta a visão subjetiva da subordinação, que faz com que a mesma recaia sobre a pessoa do trabalhador, colocando-o em estado de sujeição perante o empregador¹⁴⁷.

5.1.1 A subordinação estrutural

A teoria da subordinação estrutural ganhou relevo, no Brasil, a partir das obras do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado para quem a subordinação

¹⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2009.p.268

¹⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 303.

estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento¹⁴⁸

Observe-se que a tese termina por ampliar a extensão da relação empregatícia ao reconhecer o vínculo empregatício mesmo em face da ausência dos demais requisitos.

A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado. Dificuldades estas que se exacerbaram em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial, a terceirização. (...) É incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição. Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva é, por exemplo, incapaz de captar a presença da subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos funcionários¹⁴⁹.

Como é possível perceber, a teoria da subordinação estrutural adota um critério objetivo, retirando a análise da subordinação do ponto de vista do contratante e sua relação com o contratado, passando a verificar as atividades desenvolvidas no âmbito da estrutura da empresa.

Fixando-se o conceito objetivo de subordinação, chega-se à assertiva de que ela consiste na integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado

¹⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. São Paulo: Revista LTr. Volume 70, número 6. Junho de 2006, p. 665.

¹⁴⁹ Cf. DELGADO, p.657 e 667.

aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho¹⁵⁰.

A teoria da subordinação estrutural ganhou adeptos e começou a ser ventilada na jurisprudência pátria, sendo constante o seu reconhecimento e aplicação no Tribunal Superior do Trabalho, a saber:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DADOS FÁTICOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO REGIONAL DEMONSTRANDO A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. PRESENÇA DA SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. CORRETORA DE IMÓVEIS. Afastamento das noções de parassubordinação e de informalidade. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor verificação da indicada violação do art. 3º da CLT. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA. DADOS FÁTICOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO REGIONAL DEMONSTRANDO A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. PRESENÇA DA SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. CORRETORA DE IMÓVEIS. Afastamento das noções de parassubordinação e de informalidade. O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, caput e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade. Registre-se que a subordinação enfatizada pela CLT (arts. 2º e 3º) não se circunscreve à dimensão tradicional, subjetiva, com profundas, intensas e irreprimíveis ordens do tomador ao obreiro. Pode a subordinação ser do tipo objetivo, em face da realização, pelo trabalhador, dos objetivos sociais da empresa. Ou pode ser simplesmente do tipo estrutural, harmonizando-se o obreiro à organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços. Presente qualquer das dimensões da subordinação (subjetiva, objetiva ou estrutural), considera-se configurado esse elemento fático-jurídico da relação de emprego. No caso concreto, diante dos elementos fáticos expressamente delineados no acórdão regional, que evidenciam os requisitos

¹⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2009. p.269.

previstos no art. 3º da CLT, depreende-se que restou configurado o vínculo empregatício. Recurso de revista conhecido e provido¹⁵¹. – *grifos nossos*.

Assim, a fim de verificar a existência ou não de vínculo empregatício, cabe ao aplicador da lei analisar não apenas os requisitos clássicos, devendo ir além e verificar a ocorrência ou não da subordinação estrutural.

Havendo subordinação estrutural, ou seja, a inserção do trabalhador na dinâmica da empresa, considera-se preenchido o requisito da subordinação para configuração da relação de emprego.

5.2 A Terceirização

A prestação de serviços por terceiros ganhou força durante a Segunda Guerra Mundial em face do aumento da demanda por armamentos em um curto período de tempo. Para suprir as necessidades desse período, as empresas produtoras delegavam alguns serviços para empresas terceirizadas a fim de diminuir o tempo e o custo da produção e, conseqüentemente, aumentar o volume produzido gerando um maior lucro¹⁵².

Nesse período ganharam força os modelos de produção fordista e taylorista como forma de organização laboral visando a maior produção em um menor tempo.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Recurso de Revista n. 20310920125020384. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Publicada no DEJT de 18-09-2015.

¹⁵² CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro da. A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite. Revista do CAAP, v. 1, 2009, p. 320. Disponível em <https://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/a7_rtitle/view/32>. Acessado em 20 jan 201

Contudo, na década de 1970, a crise capitalista, “na Europa Ocidental, provocou um abalo nas relações de trabalho e de emprego. Entra as transformações trazidas destaca-se o surgimento de um novo modelo de produção, a partir do paradigma do Estado Neoliberal”¹⁵³, que seria o modelo Toyotista.

O Toyotismo trouxe a concepção de produção de pequenos lotes variados, não há grandes estoques

por medida de redução de custos e de aumento de lucro, viabilizado pela informatização e pela melhora dos meios de comunicação e transporte, possibilitando que os fornecedores entreguem as peças necessárias para a produção na hora certa (just in time). (...) “Os empregados, assim, são dispostos em grupo de trabalho, os “círculos de controle de qualidade” (CCQ), que são treinados continuamente, desempenhando o líder o papel de “engenheiro de produção”. Tudo isso porque a produção no fordismo era voltada para os recursos financeiros da empresa, enquanto que a produção no toyotismo é voltada para a demanda do mercado. Assim, já não mais se produz conforme a capacidade produtiva da empresa, mas conforme a capacidade aquisitiva do mercado. (...) A empresa baseada no modelo toyotista organiza-se de forma horizontal (ou quase-vertical), passando por profundo processo de subcontratação e terceirização de atividade-meio. A terceirização é um processo definitivo de extinção de setores da empresa, com o objetivo de redução de custos. Pela terceirização, uma parte da empresa é desativada, e o resultado desse setor é adquirida de outra empresa que se forma ou já existe com tal fim. O setor da empresa que é objeto da terceirização pode ser produtivo ou não, ou seja, pode ser um setor que produz certos bens materiais ou que produz certos serviços. Tal processo reveste-se de profunda perversidade, que só tem contribuído para a precarização das relações de trabalho e para o agravamento da situação social do trabalhador¹⁵⁴.

¹⁵³ CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro da. A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite. Revista do CAAP, v. 1, 2009, p. 321. Disponível em < https://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/a7_rtitle/view/32>. Acessado em 20 jan 201

¹⁵⁴ RAMOS, Alexandre Luiz. Acumulação Flexível & direitos do trabalho. Revista de Ciências Humanas, V.15, n.22. Florianópolis: UFSC.1997, p.84.

Assim, o Toyotismo, “propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa polo”,¹⁵⁵ tendo gerado a base atual da terceirização de serviços ao delegar a execução de certos serviços a empresas terceirizadas.

No Brasil esse novo conceito de trabalho foi trazido pelas indústrias automobilísticas que terceirizavam a produção das peças¹⁵⁶, tendo influenciado a legislação pátria.

Ao longo do século XX algumas leis buscaram regulamentar a terceirização. No âmbito administrativo podemos citar o Decreto-lei nº 200/67 que autorizou a terceirização de tarefas executivas a iniciativa privada, conforme previsto no art. 10, §7º do Decreto-lei nº 200/67:

Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

O referido art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 foi regulamentado pelo Decreto – lei 2.271/97 nos seguintes termos:

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de

¹⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005, p.48.

¹⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014. p.2.

prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Assim, não são todas as atividades passíveis de terceirização pelo Poder Público, mas as que correspondem a execução de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção predial, equipamentos e instalações.

No âmbito privado podemos citar duas legislações basilares para a regulação da terceirização. A primeira, corresponde a Lei nº 6.019/74, que dispões sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e autorizou a realização de contratação de mão-de-obra, por empresa de trabalho voluntário.

Em 1983 houve a edição da Lei nº 7.102/83 que autorizou, de forma permanente, a terceirização do trabalho de vigilância.

Contudo, não existia, até 31/03/2017 uma legislação que regule a terceirização de serviços de forma ampla e geral e isso terminou gerando dúvidas no âmbito trabalhista, principalmente com relação aos abusos e precarização dos vínculos.

O fato de não existir uma lei regulamentando o instituto, não pode obstacularizar a proteção dos direitos do trabalhador, então como compatibilizar a terceirização de serviços com as normas trabalhistas? Como garantir os direitos dos trabalhadores? Essas questões foram sendo judicializadas e o Poder Judiciário como guardião da norma não pode se desencobrir de sua responsabilidade e, com o intuito de uniformizar o tratamento jurídico do tema, foram editadas súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme será analisado.

5.2.1 As Súmulas do TST sobre terceirização

Podemos dizer que a concepção da terceirização, no Brasil, foi construída com o passar dos anos, na medida em que coube ao Tribunal Superior do Trabalho dirimir as controvérsias sobre terceirização, o que culminou na edição de quatro súmulas sobre o tema, as elas: a Súmula nº 257; a Súmula nº 239; a Súmula nº 256 e a Súmula nº 331.

Analisando essas súmulas, a doutrina extraiu os requisitos básicos para a validade da terceirização no Brasil, sendo certo que não pode existir elementos pertinentes à relação de emprego e o ente terceirizante “não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário, e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas¹⁵⁷ .

5.2.1.1 A Súmula nº 257

Essa orientação surgiu após a edição da Lei nº 7.102/83 que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros.

Do exame da Lei nº 7.102, verifica-se que os serviços de vigilância não estão inclusos entre as atividades normais dos estabelecimentos bancários, podendo ser contratados não só por estes como também por outros estabelecimentos não financeiros (art. 53 do Decreto nº 89.059/83)¹⁵⁸ .

¹⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 631-632.

¹⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014. P. p.99

Com isso, a atividade de segurança, embora imprescindível ao funcionamento bancário, não é uma atividade inerente das instituições financeiras. Assim, por ser um serviço que não está enquadrado como atividade da instituição financeira, poderia ser contratado licitamente.

No entanto, uma série de ações judiciais surgiram com o intuito de garantir a esse profissional os direitos inerentes a categoria dos bancários e, para dirimir essas questões foi editada a Súmula nº 257 determinando que o “vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

Assim, além de legalizar os serviços de vigilância, permitiu-se também a terceirização desses serviços, estando vigente até a presente data.

5.2.1.2 A Súmula nº 239

A Súmula nº 239 surgiu após a incorporação das Orientações Jurisprudenciais nº 64 e nº 126 da SBDI-1 e determina que:

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.

A necessidade dessa súmula se deu após a criação, pelas instituições financeiras, de empresas especializadas em processamento de dados para prestarem serviços de processamento exclusivo. Ou seja, a instituição financeira criava uma empresa para lhe prestar serviços visando a “utilização da terceirização com objetivo de fuga às disposições

relativas aos trabalhadores bancários, bem mais benéficas, criando empresas subsidiárias para a realização de processamento de dados”¹⁵⁹.

Com isso, não havia que se falar em terceirização de atividades, mas em formação de grupo econômico e, para evitar prejuízos ao trabalhador, foi editada a súmula nº 239, que ainda encontra-se vigente nos dias atuais, garantindo a condição de bancários, e com isso os direitos inerentes a profissão, aos trabalhadores dessas novas empresas.

5.2.1.3 A Súmula nº 256

A referida Súmula foi editada com o intuito de proibir a contratação por empresa interposta, “formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”, salvo nos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância, este último por conta da legalidade da prestação dos serviços acima exposta.

Assim, entendeu a mais alta corte trabalhista de que a intermediação de mão de obra seria ilegal, porém cometeu um equívoco, pois não houve a separação entre intermediação e terceirização, colocando como se fosse a mesma coisa o serviço de vigilância previsto na Lei nº 7.102/83 e o trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, que trata de uma exceção à regra de proibição de intermediação de mão de obra, ao contrário do serviço de vigilância, quando, em sua regular maioria, é prestado autonomamente e não como empresa interposta. De qualquer forma, não tratou o enunciado de terceirização na sua forma científica, já que diz “contratação de trabalhador”, o que indica intermediação de mão de obra, já que na terceirização regular não se contrata trabalhador, e sim serviços especializados a serem realizados autonomamente ¹⁶⁰.

Em face da rigidez do seu texto entendia-se que, salvo nos casos de serviços de vigilância, a atuação de empresa interposta seria ilegal, o que colidia diretamente com o art. 170 da Constituição Federal de 1988 que garante a “todos o livre exercício de qualquer

¹⁵⁹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S.I.]. 2014. p.78.

¹⁶⁰ Cf. CARELLI, p. 78.

atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Para Sérgio Pinto Martins “a correta interpretação a ser dada a súmula 256 do TST, que deve ser interpretada de maneira restrita e exemplificativa e não taxativa, sob pena, até mesmo, de que as empresas prestadoras de serviços não mais possam exercer esse ramo de atividade”¹⁶¹.

A referida súmula foi cancelada no ano de 2003 pela Resolução 121/2003 de 21/11/2003 em face da edição da súmula nº 331, sobre matéria que, por sua amplitude, absorveu os preceitos aqui contidos dando novos enfoques.

5.2.1.4 A Súmula nº 331

A Súmula nº 331 é a mais importante em termos de terceirização, uma vez que, por falta de legislação específica, é o único regramento jurídico que vem sendo utilizado para regular a terceirização no Brasil, tendo sido editada em 1993 com a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade- meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo extrajudicial

¹⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014. p.117-118.

Em 2011 houve a modificação do item IV, bem como a inserção dos itens V e VI, a saber:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

No entanto, para entender todo o teor dessa súmula e, conseqüentemente, a sua abrangência e importância, é importante analisar cada item separadamente.

O Item I trata da regra geral do direito do trabalho, uma vez que proíbe a contratação e mão de obra por empresa interposta. Contudo, com o aumento da utilização do instituto da terceirização no Brasil, esse item parece destoar da realidade.

Ou seja, é proibida a intermediação de mão de obra, de qualquer forma, sob qualquer circunstância, com exceção da única possibilidade existente na lei de intermediação lícita de mão de obra, que é aquela realizada por empresa de trabalho temporário, desde que sejam seguidos os rigorosos requisitos impostos naquela lei ¹⁶².

Parece-nos que o intuito da norma foi evitar a terceirização ilícita, onde o funcionário é contratado por empresa interposta para a consecução de atividades-fim. Assim, o disposto no item I evitaria a contratação de profissionais por uma empresa para prestar serviços em outra empresa, sob a direção desta, evitando-se, assim, fraude aos direitos trabalhistas.

¹⁶² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S.I.]. 2014. p. 81.

O Item II destina-se a administração pública, direta ou indireta, e visa desestimular a contratação direta de profissionais sem a prévia aprovação em concurso público.

O inciso II traz uma exceção à geração de vínculo automática com o tomador de serviços em caso de intermediação de mão de obra por órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, isto em cumprimento à regra constitucional democrática do art. 37, em que a entrada no serviço público deve ser realizada somente por concurso público. Observe-se que a intermediação continua proibida, somente não ocorre o vínculo, pois seria uma fraude ao princípio constitucional do concurso público.¹⁶³.

Segundo o disposto no Item III, “pode-se dizer que os serviços ligados à atividade - meio da empresa poderão ser terceirizados” ... “Entende-se que, se os serviços referem-se à atividade-fim¹⁶⁴ da empresa, não haverá especialização, mas delegação da prestação de serviços da própria atividade principal da empresa”¹⁶⁵.

Segundo Sérgio Pinto Martins “atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, comercialização etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social”. Já as atividades-meio são, de forma subsidiárias, as demais.

Assim, comprovada a atuação na atividade-fim da empresa, a jurisprudência pátria é unânime em reconhecer a existência de vínculo empregatício entre o profissional e a empresa beneficiária da prestação do serviço.

Neste, verifica-se que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, terceirização regulamentada pela Lei n. 7.102/83 e de conservação e limpeza, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Entretanto, não será sempre que na atividade-meio não se dará o vínculo, pois, ao final do inciso, salienta a Súmula que este não existirá desde que inexistente

¹⁶³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S.I.]. 2014. p.81.

¹⁶⁴ Cf. MARTINS. P.130.

¹⁶⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014. p.132.

a personalidade e a subordinação direta. Com isso, reafirmou o TST a impossibilidade de intermediação de mão de obra, dando vazão ao Princípio da Primazia da Realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica¹⁶⁶.

O Item IV traz a figura da responsabilidade subsidiária para o contrato de trabalho, onde a tomadora de serviço pode ser responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do profissional terceirizado.

O não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora de serviços em culpa *in eligendo e in vigilando*, pela escolha inadequada da empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas¹⁶⁷.

Observe-se que o tomador apenas será responsabilizado caso tenha participado no polo passivo da relação processual.

Complementando esse entendimento temos o Item VI que garante a responsabilidade subsidiária com relação a todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Essa afirmação parece lógica, uma vez que a responsabilidade só pode se dar durante o período em que a empresa tomadora dos serviços usufruiu da prestação dos serviços, não tendo essa como controlar as atividades da prestadora de serviços após o término do contrato de terceirização.

A antiga redação do item IV da Súmula nº 331 do TST, aduzia o que:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

¹⁶⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S.I.]. 2014. p. 81.

¹⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014. p.138

Ocorre que houve o ajuizamento de ADC do art. 71, §1º da Lei 8.666/93 (Lei de licitações e contratos) em detrimento do enunciado nº 331 do TST.

O Plenário do STF entendeu existir afronta à Súmula Vinculante 10¹⁶⁸ tendo proferido o seguinte julgamento:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁶⁹ Decisão da ADC de nº 16, constante no informativo de nº 610 do STF disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC> e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4>

Após o referido julgamento, o TST alterou o teor da Súmula nº 331 passando a incorporar os preceitos previstos pelo STF. Assim, dispõe o item V, a saber:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Observe que a culpa da Administração pública deve ser provada, não devendo ser presumida. Devendo ser verificada *in eligendo* e/ou *in vigilando*. Ou seja, quando da escolha da empresa ou quando da não observância do dever de fiscalizar, respectivamente.

Em recente decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760931 (30/03/2017), o STF confirmou o entendimento consolidado no julgamento da ADC 16, vedando a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos

Ademias, devemos rememorar o fato de que o Decreto nº 2.271/97, que regula o art. 10 do Decreto-lei 200/67, estabelece que podem ser executados indiretamente os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações, não podendo ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Assim, apenas atividades entendidas como acessórias podem ser terceirizadas e, para a responsabilização da administração pública quanto ao inadimplemento dos direitos

trabalhistas do terceirizado, faz-se necessária a comprovação da conduta culposa do ente público.

5.3 A regulamentação da terceirização: o PL nº 4330/2004 e a Lei nº 13.429/2017

Quando da finalização do presente estudo, o país não possuía uma legislação específica que tratasse da terceirização de mão-de-obra, cabendo a regulamentação do tema a Súmula nº 331 do TST.

Nos bastidores do Congresso Nacional ganhava força o PL nº 4330/2004¹⁷⁰. O referido projeto, embora previsse expressamente a inaplicabilidade na esfera administrativa, alteraria sobremaneira a estrutura da terceirização, caso aprovado.

O Deputado Federal Sandro Mabel, apresentou para votação o Projeto de Lei nº 4.330/04 que visava a regulamentação dos contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.

O referido projeto foi alvo de várias críticas, uma vez que previa a terceirização para além dos limites traçados na Súmula nº 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, atingindo, também, a atividade fim das empresas.

Vários setores do país se manifestaram contra o projeto de lei, as Centrais Sindicais, inclusive, apresentaram Carta Aberta a população, rechaçando o PL 4.330/04 com base em dados extraídos do DIEESE, denominado, Rotatividade e Flexibilidade no Mercado de Trabalho.

o qual afirma que aproximadamente 50% do total de trabalhadores com carteira assinada entre os anos de 2008 e 2010 foram demitidos e recontratados. As práticas de terceirização serão fortalecidas, pelo substitutivo, institucionalizando a rotatividade que contamina as relações de trabalho e impede o desenvolvimento do mercado interno. Nas últimas décadas, o crescimento descontrolado da terceirização,

¹⁷⁰ O referido projeto encontra-se para votação no Senado Federal correspondendo ao Projeto de Lei da Câmara n 30. Aqui analisaremos os artigos do projeto conforme aprovado na Câmara dos Deputados.

com o objetivo principal de reduzir custos das empresas, resultou em grande precarização das condições de trabalho, com aumento das situações de risco e do número de acidentes e doenças, devido ao desrespeito às normas de saúde e segurança, baixos níveis salariais, ampliação das jornadas de trabalho, crescimento da rotatividade e inadimplência de direitos trabalhistas. Além disso, os empregados terceirizados sofrem discriminações no local de trabalho, sendo tratados como trabalhadores de “segunda categoria”. E, ao contrário do que é amplamente divulgado pelos que são diretamente interessados, a terceirização não gera emprego nem garante a alocação de mão de obra especializada. Os resultados nefastos deste processo estão estampados nas estatísticas de sofrimento, adoecimento e morte.

Além da carta aberta a população, vários movimentos contrários ao PL 4330/04 foram organizados, levando milhares as ruas em protestos para barrar a aprovação do mesmo.

Os protagonistas do PL 4.330 tentam vender a ideia de que estão fazendo um bem para os trabalhadores, apresentando a medida, inclusive, como necessária para ajudá-los, conforme relevado na exposição de motivos do projeto:

O mundo assistiu, nos últimos 20 anos, a uma verdadeira revolução na organização da produção. Como consequência, observamos também profundas reformulações na organização do trabalho. Novas formas de contratação foram adotadas para atender à nova empresa. Nesse contexto, a terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que têm maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço. No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.

Trata-se, no entanto, de argumentos carregados de perversidade, sobretudo quando tentam justificar e minimizar todas as maldades já cometidas pela terceirização, ao mesmo tempo em que consideram o aprofundamento da maldade como algo bom para as vítimas. Não significa nem mesmo de uma banalização do mal. Representa, isto sim, a convicção em torno da legitimidade da perversidade, configurando-se, no sentido do disfarce, uma afronta à inteligência humana. De fato, a terceirização ao longo de 20 (vinte) anos em que se instituiu no cenário das relações de trabalho no Brasil, desde quando foi incentivada pela Súmula 331, do TST, em 1993, serviu para o aumento vertiginoso da precarização das condições de trabalho. É impossível ir à Justiça do Trabalho e não se deparar, nas milhares audiências que ocorrem a cada dia, com ações nas quais trabalhadores terceirizados buscam direitos de verbas rescisórias, que deixaram de ser pagas por empresas terceirizadas, que sumiram¹⁷¹.

¹⁷¹ MAIOR. Jorge Luiz Souto. PL 4.330, o Shopping Center Fabril: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção. 2013. Disponível em <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/pl_4.330_o_shopping_center_fabril.pdf>. Acessado em 20 jan 2017.

Contudo, em que pese o clamor público pela não aprovação, a Câmara dos Deputados, em sessão plenária ocorrida em 22/04/2015, aprovou o projeto e o remeteu ao Senado Federal para apreciação e votação.

O projeto de lei aprovado conta com apenas vinte e oito artigos, contudo, seu conteúdo é de relevante interesse público, sendo capaz de alterar sobremaneira todo o direito do trabalho.

Primeiramente, insta esclarecer que o projeto de lei, da forma como foi aprovada pela Câmara dos Deputados, não é aplicável no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como o mesmo ainda não foi votado no Senado Federal, adotaremos para estudo o modelo de estrutura aprovado na Câmara dos Deputados.

O artigo 2º do referido projeto trata dos conceitos sobre terceirização, contratante e contrata, sendo eles:

I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei;

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e

III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

Logo no conceito trazido pelo art. 2º, I, é possível perceber que, ao contrário do previsto na Súmula 331 do TST, a terceirização poderá ocorrer em qualquer das atividades da empresa, inclusive, da própria atividade-fim da mesma.

Como visto em linhas pretéritas, a terceirização visa desonerar a empresa contratante, transferindo parte de uma atividade para empresa especializada, economizando tempo, custo e investimentos com mão-de-obra e material.

Quando uma empresa terceiriza a própria atividade-fim, ela contratará uma empresa para prestar serviços em seu lugar, contudo, em face da redução de custos, a empresa terceirizada não poderá conceder aos seus funcionários os mesmos salários e vantagens concedidos aos funcionários da contratante, o que, provocará a precarização da mão-de-obra.

Ora, a empresa terá profissionais exercendo as mesmas funções, contudo, um dos funcionários, empregado da contratante, terá um salário x , enquanto o seu colega de serviço, terceirizado, receberá $x/2$, em face da economia necessária a validação do contrato.

Se assim não o for, a terceirização seria inviável, pois a empresa contratada teria um custo maior para manter o contrato se optasse por garantir a igualdade de direitos e benefícios.

O artigo 3º do projeto assevera:

Art. 3º A contratada é responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, nos termos previstos no contrato com a contratante.

§ 1º A contratada contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 2º A terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original.

Assim, cabe, logicamente, a empresa terceirizada a responsabilidade pelo gerenciamento do contrato, inclusive, quanto a responsabilidade pelos encargos e comandos dos terceirizados.

O que chama mais atenção neste dispositivo é o disposto no §2º. Observe que tal parágrafo termina por autorizar a infinitação do contrato de trabalho, pois permite a terceirizada terceirizar os serviços técnicos especializados.

O artigo 4º rechaça a formação de vínculo empregatício entre o contratante e os terceirizados, salvo se verificados os requisitos previstos no art. 2º e 3º da CLT, o que, na prática, demonstra a inutilidade do PL 4.330/04. Ora, estando presentes os requisitos dos arts. 2º e 3ª da CLT, há relação de emprego e, se há relação de emprego, aos terceirizados devem-se garantir todos os direitos inerentes dos contratados.

Outro ponto que merece destaque na no projeto de lei diz respeito a atuação sindical, nos seguintes termos:

Art. 7º A contratante deverá informar ao sindicato da correspondente categoria profissional o setor ou setores envolvidos no contrato de prestação de serviços terceirizados, no prazo de 10 (dez) dias a contar da celebração do contrato.

Art. 8º Quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Assim, se a empresa terceirizada não pertencer a mesma categoria econômica da contratante, seus empregados deverão ser enquadrados em sindicato diverso, o que dificulta o enquadramento sindical e, conseqüentemente, a fiscalização e o controle pelos sindicatos, demonstrando uma completa prática antissindical.

Outro ponto que levanta questionamentos é o relativo as garantias, assim prevê o projeto de lei:

Art. 12. São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições: relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
 - b) direito de utilizar os serviços de transporte;
 - c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
 - d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;
- II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. Parágrafo único. Nos contratos que

impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Art. 13. A contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto esses estiverem a seu serviço em suas dependências ou em local por ela designado.

Assim, os trabalhadores terceirizados conviverão ativamente com os profissionais contratados, contudo, não serão funcionários da contratante, mas pessoas alheias ao contrato de trabalho.

Ademais, além da possibilidade de exercício da atividade-fim, os terceirizados ainda poderão laborar na sede da contratante, sem, contudo, possuir qualquer vínculo empregatício com a mesma.

Completando o rol de discussões, temos o art. 14 que vem permitir a sucessão contratual, ou seja, um empregado pode permanecer exercendo as mesmas atividades, mesmo que o contrato entre a contratante e a terceirizada seja rescindido, para isso, o trabalhador é absorvido pela nova empresa terceirizada contratada para assumir o contrato.

Neste ponto não podemos deixar de mencionar que o projeto de lei, mais uma vez, foi de encontro a Súmula nº 331 do TST, no momento em que se verifica claramente a personalidade na prestação do serviço.

Quanto a responsabilidade do contratante, esta será solidária apenas quanto

I — pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; II — concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional; III — concessão do vale-transporte, quando for devido; IV — depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; V — pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização¹⁷²;

¹⁷² Conforme texto do art. 16 do PL 4330/04

Ora, da forma como foi exposta a situação dos terceirizados, qual será a garantia de contratação de profissionais diretamente pela empresa contratante? Se todo o trabalho pode ser realizado, a um custo menor, pelos profissionais terceirizados, qual a razão da empresa manter em seus quadros profissionais funcionários contratados?

Esse projeto rasga a CLT no que ela tem de melhor, no que concerne aos direitos do trabalho, este é o primeiro ponto. Segundo, rasga a CLT na medida em que as empresas poderão contratar trabalhadores e trabalhadoras em uma relação contratual, mas através de empresas contratantes, negociam com empresas de terceirização a contratação da força de trabalho, como era na escravidão, que os senhores de terras compravam escravos de comerciantes que viviam do tráfico de escravos. Terceiro ponto, o PL 4330, que agora chama-se PLC 30/2015 no Senado, ele diz que quer beneficiar os terceirizados, mas isso é mentira. Que quer regulamentar os terceirizados, mas isso é falácia. De fato, ele quer desregulamentar o conjunto da classe trabalhadora assalariada. Se nós quiséssemos regulamentar os terceirizados era só pegar o PL 4330, artigo 4º, isso aparece também no artigo 1 do PLC 30/2015, que é o que está valendo agora, quando ele diz nesse artigo 1 que todas as atividades estão liberadas, nós poderíamos dizer ‘aprovamos o PL 4330 beneficiando, ou seja, estendendo os direitos a todos os terceirizados da CLT’. Agora, à medida que esse projeto amplia a extensão da terceirização das atividades meio para as atividades fim, o que ele efetivamente quer é criar um sistema onde o mercado de trabalho seja inteiramente terceirizado, de informais, precários, terceirizados, PJs, empreendedores, salsas cooperativas, e essa miríade de trabalhadores precários¹⁷³.

Ocorre que, embora houvesse um clamor público pela não aprovação do projeto e todas as atenções estivessem voltadas para a votação no Senado Federal, o Brasil foi surpreendido pela votação, pela Câmara dos Deputados, do texto base do PL 4.302/98.

Enviada ao Congresso Nacional em 1998, a proposta de alteração a Lei de Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/74, havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados, tendo sofrido alterações no Senado Federal. O texto base encontrava-se na Câmara dos Deputados, aguardando nova análise dos parlamentares desde 2002.

¹⁷³ ANTUNES, Ricardo. “Projeto de terceirização gera ‘escravos modernos’”. *Jornal do Brasil*. 17 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/05/17/projeto-de-terceirizacao-gera-escravos-modernos-analisa-antunes/>> Acessado em 20 de fev 2017.

Assim, enquanto o PLC 30 encontrava-se pendente de votação no Senado Federal, a Câmara dos Deputados aprovou o texto final do Projeto de Lei nº 4.302/98, tendo, em 31 de março de 2017, sido sancionado, com vetos, pelo Presidente em exercício tornando-se a Lei nº 13.429/2017.

Com isso, a partir de 31 de março de 2017, visto que a mesma entrou em vigor na data de sua publicação, a terceirização passou a ser permitida e regulamentada em nosso ordenamento jurídico quando do exercício do labor temporário.

O art. 2º da Lei nº 13.429/2017 apresenta o conceito do que seria o trabalho temporário, a saber:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Assim, nos termos da lei, teremos duas modalidades de trabalho temporário: o destinado a substituição transitória de pessoal permanente, salvo nos casos de trabalhadores em greve; e o destinado a atender demanda complementar de serviços.

A Lei nº 13.429/2017 passou a permitir a contratação, pelas empresas, de profissionais temporários para o exercício de atividades-meio ou atividades-fim, conforme art. 9º §3º, a saber:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

(...)

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”

O referido artigo ainda determina que o contratante é responsável pela garantia das “condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores quando o trabalho foi realizado em suas dependências” (art. 9ª, §1º), bem como pelo fornecimento do mesmo “atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados” (art. 9,§2º).

O art. 10 da Lei 13.429/17 dispõe:

“Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo [Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943](#).

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#).”

Com isso, concluímos, primeiramente, que o tomador e o trabalhador terceirizado não terão vínculo empregatício, respondendo o contratante apenas de forma subsidiária quanto as obrigações trabalhistas.

Ademais, o terceirizado poderá trabalhar por até cento e oitenta dias, consecutivos ou não, prorrogáveis por até noventa dias, podendo, após noventa dias do término do contrato, ser recontratado por mais duzentos e setenta dias e, assim, sucessivamente.

Assim, o profissional terceirizado exercerá atividade-fim da empresa tomadora, por nove meses, receberá os mesmos benefícios médicos, ambulatoriais e de refeição que os trabalhadores “efetivos”, laborarão nas mesmas dependências, juntamente com os demais trabalhadores “efetivos”. Contudo, não terão os mesmo direitos e tratamentos destinados aos trabalhadores da empresa contratante.

Ora, da forma como foi proposta, a empresa contratante não está obrigada a manter funcionários “efetivos” em seus quadros, podendo passar duzentos e setenta dias com os trabalhadores e, após um hiato de noventa dias, ter a sua disposição, por mais duzentos e setenta dias, os mesmos trabalhadores.

As violações de direitos são tão gritantes que o STF vem recebendo ADIs com o intuito de declarar a incompatibilidade da referida Lei com a Constituição da República.

Ora, qual o intuito, então, da terceirização se não a precarização do vínculo empregatício? Não nos parece crível que a Lei nº 13.429/2017 se destine a regulamentar a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro quando, na verdade, vem causar maior insegurança aos trabalhadores. Insegurança, esta, traduzida na precarização de vínculos e direitos. Parece-nos que a Súmula 331 do TST, melhor retratava o instituto da terceirização, pois, pelo menos, tentava coibir violações de direitos, o que não será possível com a Lei nº 13.429/2017.

Por fim, insta destacar que a debatida lei da terceirização não define sua aplicação apenas a esfera privada, sendo geral. Contudo, quanto ao preenchimento de cargos públicos, acreditamos que a mesma seja inaplicável, sob pena de violação direta ao disposto no art. 37 da Constituição da República.

Quanto as atividades acessórias, complementares, o Decreto nº 2.271/97 já autoriza a terceirização das mesmas, não sendo a Lei nº 13.429/2017 uma novidade que altere profundamente a administração pública.

Observe-se que só há autorização para a terceirização de atividades acessórias e complementares, não sendo possível a terceirização de atividade-fim.

Ademais, o STF, em recente decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760931 (30/03/2017, portanto um dia antes da entrada em vigor da Lei 13.429,2017) confirmou o entendimento consolidado no julgamento da ADC 16, vetando a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, visto que a Lei 9.031/95, que introduziu o art. 71, §2º na lei de licitações e contratos, é clara ao só abarcar a responsabilidade administrativa quanto aos recolhimentos dos encargos previdenciários.

Com isso, para a esfera pública, não há alteração quanto a possibilidade da terceirização de atividades acessórias, sendo vedada a terceirização de atividade-fim, sendo o ente público responsável subsidiário com relação as verbas trabalhistas caso demonstre conduta omissiva ou comissiva na fiscalização do contrato.

Quanto a aplicação da nova lei, os tribunais pátrios veem divergindo. Enquanto, alguns juízes entendem que a aplicação da norma é imediata e abrange todo o serviço terceirizado, outros discordam, mantendo a validade da Súmula nº 331 do TST, aplicando a Lei nº 13.429/17 apenas quando se tratar de contrato temporário cujo termo escrito tenha aderido as inovações legislativas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, um dos mais tradicionais quanto ao tema da terceirização ¹⁷⁴, por exemplo, não vem reconhecendo a aplicação da Lei nº 13.429/17 quando a demanda refere-se a nulidade de vínculo empregatício por fraude a terceirização.

Para o referido Regional, a nova norma apenas aplica-se em casos de contrato temporário, afinal as alterações dela oriundas apenas modificaram a Lei de Trabalho Temporário e não a CLT.

Em sede de julgamento de recurso de Embargos de Declaração em Recurso Ordinário n 0000224-66.2015.5.06.0018, a quarta Turma do TRT da 6ª Região entendeu pela não aplicação retroativa da Lei nº 13.429/17, bem como pela inaplicabilidade da mesma em detrimento da Súmula nº 331 do TST, a saber:

Esta Corte, por meio do acórdão de Id. 5af5b20, manteve a sentença que declarou a nulidade da contratação do reclamante pela Contax e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com o Santander, uma vez que ficou constatada a intermediação de mão de obra para a atividade-fim da tomadora dos serviços, não tendo sido imputada qualquer tipo de responsabilidade à Contax. A Lei nº 13.429/2017 alterou apenas alguns dispositivos da Lei nº 6.019/74, que versa sobre o trabalho temporário, não sendo essa a questão em debate, já que reconhecida a intermediação de mão de obra desvinculada da substituição transitória de pessoal ou da demanda complementar de serviços. Além disso, o referido diploma legal foi publicado em 31/03/2017, sendo inviável a sua aplicação retroativa (*tempus regit actum*). Nesse prisma, extinto o vínculo empregatício em momento muito anterior à publicação da referida norma legal, não há que se cogitar da aplicação dos seus termos ao caso concreto. Pontue-se, outrossim, que a conclusão ora adotada está em conformidade com a *ratio* que inspirou a edição da Lei nº 13.429/17, a qual expressa a necessidade de adequação dos contratos em vigência, se as partes assim acordarem, aos termos da legislação superveniente (art. 19-C da Lei nº 6.019/74). Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, sem conferir efeito modificativo ao julgado, apenas para esclarecer a inaplicabilidade da Lei nº 13.429/2017 ao caso concreto

¹⁷⁴ O referido tribunal comumente reconhece a nulidade dos contratos firmados por empresas interpostas declarando a formação de vínculo empregatício com o tomador dos serviços quando se trata de empresa de telemarketing que presta serviços para instituições bancárias, chegando, inclusive, a negar interesse recursal da empresa interposta, excluindo-a da lide.

Parece-nos que a decisão proferida encontra-se em consonância com os princípios do direito do trabalho, sendo uma forma de evitar violações de direitos pelos empregadores e prejuízos a parte hipossuficiente: o trabalhador.

Ora, a Lei nº 13.429/17 determina que, para os contratos em vigor, a mesma apenas será aplicada caso seja firmando termo aditivo anuindo com a aplicação da norma. Assim, para os contratos que findaram antes da nova lei e para os contratos que não ratificaram o uso da nova lei, não há como se aplicar os novos dispositivos.

Somando-se a isso, a nova lei é clara em determinar a alteração de dispositivos específicos da Lei de Trabalho Temporário, não sendo aplicável aos contratos por prazo indeterminado.

A Súmula nº 331 do TST, inclusive, reconhece como uma das exceções para aplicação de seus termos, o contrato temporário, face a existência de regramento específico.

Por fim, quando da análise do caso concreto, devemos sempre analisar as disposições contidas nos arts. 2º e 3º da CLT e, sendo detectada a violação dos mesmos, aplicar o disposto no art. 9ª, coibindo a fraude contratual e minimizando os prejuízos a classe trabalhadora.

Assim, em que pese a existência de uma lei que regulamente a terceirização no âmbito do trabalho temporário, ainda assim mantém-se vigente a Súmula nº 331 do TST, sendo esta a regra a ser observada quando do tratamento da matéria.

6. A TERCEIRIZAÇÃO E AS OSS NO ESTADO DE PERNAMBUCO: ATIVIDADE-FIM OU ATIVIDADE-MEIO

Conforme exposto até o momento, verificamos que o Estado de Pernambuco optou por seguir os preceitos definidos no PDRAE e editou a Lei nº 11.743/00, que prevê a qualificação de entidades sem fins econômicos, bem como o Decreto nº 23.046/01 que regulamentou o instituto.

Ocorre que a legislação estadual deixou de prevê a forma como se daria a seleção da ONG qualificada como OS para celebração de contrato de gestão e, assim, receber apoio financeiro, cessão de servidores públicos e permissão de uso de bens públicos¹⁷⁵.

No entanto, tal omissão não eximiu o Estado de Pernambuco de realizar a qualificação, mediante decreto, de seis entidades sem fins lucrativos, sendo elas, o IMIP, o IMIP Hospitalar, o IPAS, Fundação Manoel da Silva Almeida, Santa Casa de Misericórdia e Hospital Tricentenário, visto que anteriores a edição da Lei sobre OSS.

Além de qualifica-las, a Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco assinou contrato de gestão, não para o fomento das atividades de saúde, mas para a efetiva transferência de titularidade da prestação de serviços de saúde público.

Explicando melhor: em que pese essas instituições atuem na área de prestação de serviço público de saúde de forma complementar, conforme prerrogativa constitucional e serem financiadas pela iniciativa privada, com a qualificação, essas instituições passaram a gerir UPAs e Hospitais Metropolitanos, cuidando não só da manutenção da parte física das unidades, mas da contratação, em nome próprio, de mão-de-obra específica para a realização dos serviços públicos de saúde e atendimento à população nos termos propostos pelo SUS.

¹⁷⁵ Conforme previsto no *caput* do art. 29 da Lei nº 11.743/00: “Para o cumprimento do contrato de gestão, poderão ser destinados, às organizações sociais, pessoal, serviços orçamentários e bens públicos, através de permissão de uso, dispensada a licitação, consoante cláusula expressa do contrato de gestão”.

A atuação das OSS no Estado de Pernambuco em nada se assemelham aos ideais previstos na Constituição da República, uma vez que, de parceiras públicas, passaram a fornecedoras de um tipo de serviço público especial que mais se aproxima da outorga, uma vez que prestam o serviço público de saúde em nome próprio, com transferência integral da execução do serviço e a titularidade, visto que a Lei estadual exime o Estado de Pernambuco de qualquer responsabilidade perante os funcionários, cabendo apenas a fiscalização.

Da mesma forma que ocorre com a administração indireta, o Estado, mediante autorização legal, criou um ente, a OSS, para prestar serviço público de saúde nas UPAs e/ou Hospitais Metropolitanos, repassando a este ente os valores necessários a execução do serviço, disponibilizando estrutura física e servidores públicos, ou seja, descentralizando inteiramente o serviço.

Ocorre que, como visto, a prestação de serviço público de saúde é um dever do Estado de Pernambuco, não podendo este se eximir de prestá-lo de forma direta sob o argumento de que o serviço estaria sendo prestado por um parceiro por ele qualificado sob pena de violação normativa.

Da forma como a prestação de serviços de saúde vem realizada, as OSS não estão atuando de forma complementar a prestação do serviço público de saúde, conforme previsto na Constituição da República, mas executando serviços de forma direta mediante a contraprestação do Estado desvirtuando, por completo, a *mens legis* do art. 199 da Constituição da República.

Mesmo o STF tendo declarado a constitucionalidade da prestação de serviços públicos por meio de Organizações Sociais, tal fato não exime os governantes de obedecerem aos ditames previstos na legislação.

Ora, o Estado pode formar parcerias com a iniciativa privada para fomentar uma atividade que já vinha sendo desenvolvida, de cunho social, ampliando a atuação do ente

privado, garantindo um serviço mais eficiente, com qualidade e custo reduzido. Diferentemente do que vem ocorrendo.

Da forma como estão sendo utilizadas as OSS pelo Estado de Pernambuco, vemos um nítido quadro de terceirização de serviços públicos, como bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber em seu voto no julgamento da ADI 1293. O que está ocorrendo é a terceirização de uma atividade-fim do Estado, uma vez que o Estado de Pernambuco vem se utilizando de empresas interpostas, OSS, para a prestação de serviços que correspondem a sua atividade-fim, o que, conforme visto no capítulo anterior, corresponde a fraude e, conseqüentemente, terceirização ilícita.

Como delineado anteriormente, será ilícita a terceirização de atividade-fim da empresa ou quando estiverem presentes os elementos da relação de emprego. No caso das OSS, a ilicitude da terceirização encontra-se pautada em dois motivos: na efetiva transferência de atividade-fim e na subordinação estrutural.

No primeiro caso, conforme argumentado, o Estado de Pernambuco está transferindo a execução da atividade-fim do Estado - a prestação de serviço público de saúde – por meio das UPAs e Hospitais Metropolitanos às OSS.

Se até 31/03/2017 essa postura era considerada um ilícito absoluto no campo trabalhista, muito mais o é no âmbito do direito administrativo, uma vez que cabe ao Estado a execução, de forma direta, da prestação de serviço público de saúde.

A Constituição da República deixa claro que a saúde é um dever do Estado e, em seu art. 199, §1º, afirma que a iniciativa privada atuará de forma complementar ao SUS. Ora, o que seria um serviço complementar?

Na nossa opinião, serviço complementar seria, por exemplo, a realização de mamografias por uma OSS ou qualquer outro exame¹⁷⁶. A OSS estaria prestando serviço complementar, importante para o desenvolvimento da saúde, contudo, o Estado continuaria sendo titular da prestação do serviço público de saúde.

Contudo, da forma como estão sendo executados os contratos de gestão, resta verificada a transferência total do serviço, para o ente privado.

Fato é que a terceirização de atividades-fim, no âmbito da Administração Pública, que não seja sob a forma concessão ou permissão, não tem respaldo constitucional ou legal.

Além de não possuir embasamento legal, a transferência de serviço público de saúde para OSS afronta a Constituição da República – em especial o art. 199 que trata da complementariedade da prestação de serviços pela iniciativa privada, como também a Lei Orgânica de Saúde – Lei nº 8.080/90 que dispõe no seu art. 24, a saber:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

¹⁷⁶¹⁷⁶ Conforme preceitua Maria Zylvia Zanella Di Pietro: “A Lei nº 8.080, de 19-9-90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS ‘forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área’, hipótese em que a participação complementar ‘será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público’ (entenda-se, especialmente, a Lei nº8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição provada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convenio”. Cf. DI PIETRO. P.234.

Como é possível perceber, a Lei Orgânica de Saúde deixa claro que a complementação se dará quando houver insuficiência na cobertura a população por falta de disponibilidades. Ocorre que o Estado de Pernambuco não esgotou suas possibilidades quanto da realização de serviços públicos de saúde, visto possuir instituições destinadas a este fim, como os hospitais de referência.

Ademais, o objetivo da formalização de parceria entre o Estado de Pernambuco e a iniciativa privada é o exercício complementar do serviço público de saúde e não a substituição do Estado em suas atividades-fim com a transferência integral da prestação do serviço público de saúde.

Assim, da forma como foi realizada a transferência de serviços públicos de saúde as OSS, não restam dúvidas de que há terceirização ilícita de atividade-fim do Estado.

Quanto ao segundo ponto, a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, é possível verificar que a presença da subordinação estrutural. Embora não esteja inserida expressamente do texto da CLT, a subordinação estrutural, como vimos, é uma construção jurisprudencial que amplia a concepção de subordinação clássica.

Na subordinação estrutural há a inserção do trabalhador no núcleo, na essência da atividade empresarial, na dinâmica da empresa. Aplicando esse entendimento a prestação de serviços por OSS no Estado de Pernambuco verificamos que os trabalhadores das entidades qualificadas estão inseridos na dinâmica do serviço público de saúde do Estado.

Ora, os profissionais atuam em nome do Estado de Pernambuco, prestando serviço de saúde pública em hospitais públicos e seguindo os protocolos do SUS. Apenas o pagamento das remunerações é feito pela OSS, mas quem arca com o custo do serviço continua sendo o ente estatal.

Da forma como está posto, cabe a OSS realizar a contratação de mão-de-obra especializada para o labor nas UPAs e Hospitais Metropolitanos, essa contratação se dá em nome próprio, para o exercício de atividades dentro das instalações hospitalares pertencentes

ao Estado de Pernambuco, em caráter não complementar e não eventual e em obediência aos indicadores previstos pelo SUS. Assim, os serviços prestados pelos funcionários das OSS preenchem os requisitos da subordinação estrutural.

O funcionário das UPAs e Hospitais Metropolitanos estão inseridos na estrutura interna do órgão, observam os mesmos indicadores previstos para os servidores públicos, devendo atuar nos mesmos moldes de atuação dos servidores públicos, sempre agindo em prol do bem comum. Aliás, as OSS podem, inclusive, receber servidores públicos cedidos pela administração pública estadual, corroborando a tese de que seus funcionários desenvolvem o mesmo tipo de trabalho dos funcionários públicos de saúde do Estado de Pernambuco¹⁷⁷.

Nos termos propostos por Maurício Godinho Delgado e acrescido ao âmbito jurídico por meio da jurisprudência, a incorporação do trabalhador na dinâmica da empresa, é uma fraude contratual que gera a declaração de vínculo com o ente tomador do serviço.

Nos termos do art. 9º, é nulo o contrato que visa burlar qualquer das normas previstas na CLT, devendo ser declarada a existência de vínculo com o tomador do serviço.

Ocorre que, o tomador do serviço, no caso, corresponde ao Estado de Pernambuco que apenas pode contratar mão-de-obra por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37 da Constituição da República, sendo assim, a contratação de trabalhadores por OSS termina sendo uma burla a contratação por concurso público¹⁷⁸ de

¹⁷⁷ Observe-se que neste caso é inaplicável a OJ nº 383 da SDI I, visto que a mesma trata de equiparação salarial entre funcionário terceirizado e empregado público e, no caso dos funcionários das OSS de Pernambuco, há equivalência de função com servidores públicos, o que, segundo decisão proferida pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo nº 0000666-79.2012.5.04.0701, reputa-se impossível. “Em que pese o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 do TST, não se há falar em abrangência da situação dos autos pelo disposto no referido enunciado, que foi editado especificamente para as situações envolvendo terceirização de atividade fim em empresas públicas e sociedades de economia mista que contratam pessoal por meio do regime celetista”

¹⁷⁸ “Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica dos interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de

provas e de provas e títulos, bem como a Súmula nº 331, II, em face da vedação de formação de vínculo direto com o ente da administração.

Deve-se destacar que a necessidade de realização de concurso público para o preenchimento das vagas no serviço público representa, na realidade, a obediência estrita aos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade.

Ao permitir que todos que preencham os requisitos legais participem de um certame a fim de selecionar o melhor candidato ao cargo ou emprego público, a Constituição está exigindo a aplicação dos princípios da igualdade e da impessoalidade, pois todos terão o direito de concorrer a uma vaga no serviço público.

Intrinsecamente ligado a aplicação do princípio da igualdade encontra-se a aplicação do princípio da moralidade administrativa, pois com a realização de um concurso público de provas ou de provas e títulos não há a contratação de pessoas desqualificadas, que não possuem condições de desempenhar de forma satisfatória as suas funções, deixando de existir, portanto, influências políticas nas contratações.

Por fim, o princípio da legalidade é obedecido quando o Gestor Público cumpre a lei, no caso a Constituição Federal, em sua integralidade.

Hely Lopes Meireles afirma:

Pelo concurso público afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos¹⁷⁹.

classificação. Cuida-se, na verdade, do meio mais idôneo de recrutamento de servidores públicos”. Cf. CARVALHO FILHO, p.472.

¹⁷⁹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 387

Assim, conforme determina a Constituição Federal de 1988, a investidura em cargo ou emprego público se dará apenas através de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e, caso não seja observada tal regra, a contratação será nula com a devida punição da autoridade responsável.

Resta claro que o meio legal para a investidura em cargo ou emprego público se dá por meio de prévia aprovação em concurso público, não sendo admissível a contratação de profissionais por formas diversas sob pena de violar não apenas o texto constitucional, mas os princípios da administração.

Ora, os funcionários das OSS, em que pesem serem contratados por instituições de direito privado, exercem suas atividades de direito público, estão inseridos dinâmica do Estado de Pernambuco na medida em que atuam dentro de unidades de saúde pertencentes ao Estado de Pernambuco, exercem as mesmas atividades que os servidores públicos da área de saúde, contudo, não recebem as mesmas remunerações e garantias concedidas aos servidores públicos, exercendo, assim, suas atividades de forma precária.

A terceirização ilícita realizada por empresa privada gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimento por prejuízos aos cofres públicos, etc¹⁸⁰.

Observe-se, ainda, que no caso das OSS não há falar em *culpa in vigilando* (falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas) ou/ *culpa in eligendo* (má escolha da prestadora de serviços) da entidade pública e, assim, aplicar o disposto no inciso V da Súmula nº 331 do TST, visto, repita-se, tratar-se de uma terceirização ilícita de atividade fim.

Não bastasse a ilicitude da terceirização, há, ainda, precarização do trabalho na

¹⁸⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009.p.98.

medida em que os trabalhadores, partes hipossuficientes na relação, estão desprovidos de qualquer proteção uma vez que as entidades contratantes, OSS, não possuem suficiência financeira para arcar com o repasse do pagamento dos salários em face de eventual falta do Estado.

Ora, se o Estado de Pernambuco não arca com o repasse de verbas, as OSS não podem adimplir com suas obrigações, logo, na prática, os funcionários das OSS são remunerados, ainda que por empresa interposta, pelo Estado de Pernambuco, comprovando, mais uma vez, a fraude na relação contratual.

Não restam dúvidas que encontram-se presentes todos os elementos caracterizadores de uma terceirização que, por todos os argumentos acima definidos, não pode ser compreendida como lícita.

Não há como se admitir a prestação de serviços pelas OSS da forma como a mesma se dá, pois, ao contrário de complementar ao serviço público, estamos diante, repita-se, de um verdadeiro cenário de terceirização ilegal de mão-de-obra e de serviços, com burla aos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

Ainda no primeiro capítulo, a importância da Revolução Francesa e dos pensamentos liberais para a ruptura do modelo de monarquia absolutista e a concepção clássica de constituição, fazendo uma análise do Estado liberal ao neoliberal e suas influências no direito a saúde.

Verificamos, que em apenas dois séculos o Estado evoluiu quanto a forma de prestação de serviços, deixando de ser um Estado liberal, limitado e fiscalizador, para adotar uma postura garantista com a constitucionalização de direitos, assumindo obrigações para com os cidadãos, tendo o Brasil aderido a essa concepção de Estado com na Constituição da República de 1988.

Embora essa nova concepção de Estado tenha surgido no momento social mais adequado, visto que estamos saindo de uma ditadura militar, do ponto de vista econômico não colaborou com a postura de arrocho necessária a manutenção da estrutura da administração pública.

Foi buscando conciliar as novas obrigações assumidas com a insuficiência dos cofres públicos que foi pensado o PDRAE, onde foram definidas as atividades que seriam exclusivas do Estado e as atividades não-exclusivas, ou seja, passíveis de delegação – aqui em sentido amplo e não de direito administrativo - para a iniciativa privada.

Demonstramos as principais modificações trazidas pelos ideais da reforma do Estado, em especial no tocante as formas de descentralização e desconcentração, analisamos a parceria do Estado com o Terceiro Setor com base na legislação vigente e os principais apontamentos sobre o tema, para isso, verificamos as formas de descentralização e desconcentração e as modalidades de contratação pelo ente público.

Vimos que o Estado de Pernambuco, da mesma forma que a União aderiu a formação de parceria com as ONGs editando leis que autorizam a qualificação das mesmas como Organizações Sociais recebendo incentivo financeiro, de pessoal e de bens públicos.

Contudo, vimos também que o principal motivo do PDRAE - eficiência e economia na prestação de serviços – para a instituição de parceria com o Terceiro Setor, na realidade, não estava sendo implementado no Estado de Pernambuco na medida em que os gastos com os repasses as instituições qualificadas veem aumentando vertiginosamente ao longo dos anos, não gerando economia.

Ademais, foi verificado que as Organizações Sociais de Saúde não possuem suficiência financeira para arcarem com os custos da prestação de serviços de saúde, dependendo exclusivamente dos repasses do Estado de Pernambuco.

Analizamos, ainda, o instituto da terceirização e os elementos caracterizadores da relação de relação de emprego, inclusive repassando os principais normativos sobre o tema, em especial a Lei da Terceirização recém-publicada.

No último capítulo, realizamos uma análise da prestação de serviços públicos de saúde à luz da terceirização onde foi possível constatar que os serviços prestados pelas Organizações Sociais de Saúde no Estado de Pernambuco estão enquadrados como uma forma de terceirização.

Assim, constatada a terceirização do serviço público de saúde no Estado de Pernambuco para as OSS, passamos a verificar a legalidade dessa terceirização.

Ora, na medida em que o Estado de Pernambuco passa a transferir para as OSS, não a complementariedade da prestação de serviço público de saúde, mas a própria execução do mesmo, e, por assim dizer, a titularidade do serviço, ou seja, a atividade fim da prestação de serviço público de saúde, não podemos concluir de forma diversa: há terceirização de serviço público de saúde e a mesma é ilícita!

Ademais, os profissionais contratados pelas OSS laboram em unidades de saúde do Estado de Pernambuco – estando introduzidos na dinâmica organizacional do Estado - ao lado de servidores públicos, prestando as mesmas atividades que estes, são remunerados pelo Estado de Pernambuco – na medida em que, havendo ausência de repasse do poder público as OSS não conseguem adimplir com suas aplicações.

Da forma como foi introduzido o regime de organizações sociais no Estado de Pernambuco, há verdadeira transferência de titulação do serviço público e não complementação da prestação do serviço público de saúde pela iniciativa privada, indo de encontro aos preceitos constitucionais, trabalhistas e determinado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ricardo. “Projeto de terceirização gera ‘escravos modernos’”. *Jornal do Brasil*. 17 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/05/17/projeto-de-terceirizacao-gera-escravos-modernos-analisa-antunes/>>.

ALBUQUERQUE, Antônio Carlos Carneiro de. Terceiro setor: história e gestão de organizações. São Paulo: Summus, 2006.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações Sociais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>>

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2009. P.p.267.

BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >

BINEMBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, Rio de Janeiro: Renovar, 2004

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação direta de inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf>

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. A Reforma administrativa do sistema de saúde/ Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. (Série E. Legislação em Saúde).

BRASIL. Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei 200. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 25 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei 9.637. Dispõe sobre as Organizações Sociais. Brasília, 15 de maio de 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

BRASIL. Lei nº 8.997, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em
129

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>

BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>

Decisão da ADC de nº 16, constante no informativo de nº 610 do STF disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC> e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4>

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Formas de realização da função administrativa: centralização, descentralização, concentração e desconcentração. Disponível em <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/164522999/formas-de-realizacao-da-funcao-administrativa-centralizacao-descentralizacao-concentracao-e-desconcentracao>>. Acessado em 20 de dezembro de 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. São Paulo: Revista LTr. Volume 70, número 6. Junho de 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. P.271

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 113

DELLAGNEZZE, René. O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI. Parte II - O estado contemporâneo. . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12618>.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formar. 9. Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2007

HARVEY, David. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. Neoliberalism as creative destruction. Disponível em <<http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/610/1/21>>.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado. México: Fundo de Cultura Econômica. 2000.

HOBSBAWM, Eric J. A era das revoluções: 1789-1848. Editora Paz e Terra. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005

LASSALLE, Ferdinand. Que é uma constituição? São Paulo: Edições e Publicações Brasil. 1933. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>>

LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13ª Ed. Atlas. 2014.

MAÑAS, Antonio Vico. MEDEIROS, Epitácio Ezequiel de. Terceiro Setor: um estudo sobre a sua importância no processo de desenvolvimento sócio-econômico. *Perspectivas em Gestão & Conhecimento*, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 15-29, jul./dez. 2012. <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/pgc>. p. 20/21)

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. Malheiros Editores, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª Ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2008. P. 681-683

MELO. Celso Antônio Bandeira de Apud BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Contratos de Gestão*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=645>.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. P. 294.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 14. Ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 164

NÓBREGA, T. *Estado e regulação do terceiro setor: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS*. 2009. 389 f. Tese. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método. 2015.

PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado*. 1995. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=571>>

_____. *A reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34. 1998.

_____. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição Brasileira*. Brasília: ENAP.

_____. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. [Cadernos MARE da Reforma do Estado v.1]

_____. *Plano diretor da reforma do aparelho de Estado*. Brasília, Documentos da Presidência da República, 1995.

PERNAMBUCO. Lei nº 11.743, de 20 de janeiro de 2000, que sistematiza a prestação de serviços públicos não exclusivos, dispõe sobre a qualificação de organizações e da sociedade civil de interesse público e o fomento às atividades sociais, e dá outras providências. Disponível em: <
<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=11743&complemento=0&ano=2000&tipo=&url=>>

PERNAMBUCO. Lei nº 15.210/2013 que regulamente a Lei nº 11.743, de 20 de janeiro de 2000. Disponível em
<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=15210&complemento=0&ano=2013&tipo=&url=>.

PERNAMBUCO. Lei complementar nº 141, de 03 de setembro de 2009 que dispõe sobre o modelo integrado de gestão do poder executivo do Estado de Pernambuco. Disponível em <
<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=2&numero=141&complemento=0&ano=2009&tipo=&url=>>

RAMOS, Alexandre Luiz. Acumulação Flexível & direitos do trabalho. Revista de Ciências Humanas, V.15, n.22. Florianópolis: UFSC.1997.

RAMOS, Dona Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Editora LTR, 2001 apud BARRETO FILHO, Sérgio Alberto. O estudo dos Princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade na Administração Pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12851>

SMITH, Adam. A riqueza das nações. Editora Saraiva. 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2000.

TST - RR: 20310920125020384, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015

VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIP e demais entidades do Terceiro Setor: Estado, ordem social e privatização. In FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Org. Cristiana Fortini. Editora Forum: Belo Horizonte. 2009. P.88.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 8. Ed. Tradução Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota. 2008, p.52.

SITES CONSULTADOS

<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27.11.2015 as 16:25

<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27.11.2015 as 16:25

<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>

Decisão da ADC de nº 16, constante no informativo de nº 610 do STF disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC> e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4>

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/hospitais_e_upae_2014.pdf>

PORTAL BRASIL. Disponível em < <http://www.brasil.gov.br/saude/2013/05/hospital-de-recife-recebe-mais-de-6-milhoes-para-atendimento-de-emergencia>>. Acessado em 03 de jan de 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/1648/10-relatorio-terceiro-setor2013.pdf>>

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/upas>> Acessado em: 27.11.2015 as 11:53.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Disponível em <<http://portal.saude.pe.gov.br/unidades-de-saude-e-servicos/secretaria-executiva-de-atencao-saude/hospital-metropolitano-sul-dom>> Acessado em: 27.11.2015 as 16:25

IMIP. Disponível em < <http://www1.imip.org.br/imip/gestao/gestaoimip/apresentacao.html> >. Acessado em: 03 de jan. de 2017.

Conforme matéria veiculada no Jornal do Comércio que contou, ainda, com entrevista do Presidente do IMIP, Sr. Gilliatt Falbo. Disponível em <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2015/04/11/falta-de-verba-ameaca-servicos-de-saude-176282.php>

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT**
ADV.(A/S) : **ALBERTO MOREIRA RODRIGUES**
REQTE.(S) : **PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT**
ADV.(A/S) : **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
INTDO.(A/S) : **SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA**
INTDO.(A/S) : **ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS**
ADV.(A/S) : **BELISÁRIO DOS SANTOS JR.**
INTDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR**
ADV.(A/S) : **LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA.

ADI 1923 / DF

ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO.

ADI 1923 / DF

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUENTES). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

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 maiorias 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.

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

ADI 1923 / DF

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 premiaias, 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

ADI 1923 / DF

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 principiologia 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

ADI 1923 / DF

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.

ADI 1923 / DF

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 8666/93, 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

ADI 1923 / DF

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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar parcialmente procedente o pedido, apenas 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 Constituição Federal, 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 Constituição Federal; (iii) as hipóteses de

ADI 1923 / DF

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 Constituição Federal; (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 Constituição Federal, 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 Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 16 de abril de 2015.

Ministro LUIZ FUX – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.DOS.	: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.	: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.DOS.	: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO
REQDO.	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO.	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA
INTDO.(A/S)	: ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS
ADV.(A/S)	: BELISÁRIO DOS SANTOS JR.
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR
ADV.(A/S)	: LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Arguem os requerentes que a Lei 9.637/98 *“promove profundas modificações no ordenamento institucional da Administração Pública brasileira”*. Isto por habilitar *“o Poder Executivo da União a instituir, mediante decreto, um ‘Programa Nacional de Publicização’ e, através deste programa, transferir para entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, a prestação de serviços públicos nessas áreas”*. Daí reclamarem eles, acionantes, que *“a fórmula contemplada pela Lei nº*

ADI 1.923 / DF

9.637/98 busca, mais do que incentivar a participação cidadã na gestão do Estado ou assegurar o livre exercício da iniciativa privada na prestação de serviços não exclusivos, permitir que o Estado possa valer-se, transferindo tarefas executadas por entidades de direito público a entidades não integrantes do aparelho do Estado, de vantagens que seriam inerentes à forma de propriedade privada". Donde concluírem que se trata, em verdade, "de um processo de 'privatização' dos aparatos públicos, por meio da transferência, para o 'setor público não-estatal', dos serviços nas áreas de ensino, saúde e pesquisa, dentre outros, transformando-se as atuais fundações públicas em organizações sociais".

3. Prosseguem os autores para dizer que as organizações sociais "poderão, por meio de simples 'qualificação' por ato do Chefe do Poder Executivo, e da assinatura de um 'contrato de gestão' absorver atividades antes a cargo de instituições integrantes da Administração, gerir e aplicar recursos a ela destinados na Lei Orçamentária sem, todavia, submeter-se às limitações estabelecidas para as entidades administrativas estatais". Pelo que têm por "evidente a tentativa de afastar a prestação de serviços do 'núcleo central do Estado". Tudo mediante um "modelo mal acabado de transferência de responsabilidades públicas a entes privados". Entes que, por não prescindirem da atuação subsidiária do Poder Público, terminam por se transmutar em pessoas funcionalmente estatais, porém despidas da "roupagem" que é própria do regime de direito público.

4. Nessa marcha batida, arguem os requerentes a inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 4º, do § 3º do art. 12 e do art. 17, todos da Lei 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93. É que não se pode cogitar de dispensa de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175 da CF). Mais: "ainda que não fosse o caso de permissão ou concessão, mas de mera terceirização de serviços, mediante contrato com pessoa privada, igualmente seria ofensivo à Constituição dispensar de licitação a realização desse contrato, pelo simples fato de haver sido a entidade 'qualificada' como organização social". Também o princípio da impessoalidade resultaria violado, ao se permitir o uso de bens públicos sem licitação.

5. Já os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º da Lei

ADI 1.923 / DF

9.637/98, todos eles são inconstitucionais, alegam os requerentes, porque, embora pagos com recursos públicos, os salários dos dirigentes e empregados da organização social não são fixados nem atualizados por lei em sentido formal (inciso X do art. 37 da CF). Também a contratação de pessoal se revela como discricionária, porquanto feita sem a prévia realização de concurso público (inciso II do art. 37 da CF), o que vulnera os princípios da impessoalidade, da eficiência e da isonomia. Quanto aos arts. 14 e 22 da multicitada lei, incidiriam eles em *“fraude à Constituição, mediante a descaracterização do ente público com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao ente privado a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade”*.

6. Seguem em frente os autores para alegar desrespeito aos arts. 70, 71, 74 e 129 da Constituição Federal. Dizem que o art. 4º da Lei 9.637/98, ao instituir tarefas de supervisão e controle como funções **privativas** do conselho de administração da organização social, excluiu os controles interno e externo pelo próprio Estado. Controles que não se fariam satisfatoriamente apenas com as medidas determinadas pela alínea “f” do inciso I do art. 2º, pelos §§ 1º e 2º do art. 8º e pelo art. 9º, todos da Lei 9.637/98. Da mesma forma, o art. 10 da lei fere a autonomia do Ministério Público para zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

7. Não param por aqui as alegações dos requerentes. Segundo eles, o art. 1º da Lei 9.637/98 subverte as normas constitucionais instituidoras do Sistema Único de Saúde (arts. 196 a 200 da CF), ao possibilitar a qualificação, como organização social, de pessoas jurídicas de direito privado que atuam na área da saúde pública. É que seria de responsabilidade do Estado a prestação dos serviços de saúde pública, incumbindo às entidades privadas uma atuação apenas complementar, *“somente para ampliar a disponibilidade de serviços”* na respectiva área. E o fato é que *“o Programa de Publicização contemplado na Lei nº 9.637/98 e a previsão contida no seu artigo 1º ultrapassam tais limites, autorizando a*

ADI 1.923 / DF

transferência integral de patrimônio, recursos e de servidores para entidade de direito privado”, sem que haja “qualquer acréscimo à capacidade do Sistema Único de Saúde de prestar serviços à população”. O que significaria “a exoneração do Estado da prestação direta de serviços na área da saúde, transferindo-se totalmente para a iniciativa privada, por meio impróprio, a prestação desses serviços”, numa inversão dos papéis constitucionalmente definidos, passando a participação do Estado a ser complementar da atividade privada. Inversão de papéis a que a Lei 9.637/98 também daria ensejo quanto às atividades públicas de educação (arts. 205 a 214 da CF), de proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF) e ao patrimônio histórico, artístico e cultural (arts. 215 e 216 da CF) e de promoção do desenvolvimento científico, da pesquisa e capacitação tecnológicas (art. 218 da CF).

8. Por fim, os autores denunciam que *“a criação das chamadas ‘organizações sociais’ e seu processo de qualificação, conforme estabelecidos na Lei nº 9.637 em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º,”* desrespeitam a Constituição Federal. Isso porque a criação das organizações sociais se dá mediante *“um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda, ad hoc, para assumir funções antes a cargo do Estado”*. Ainda conforme os requerentes, *“não se verifica ‘ação autônoma e em nome próprio de particulares’, mas efetiva delegação de competências e transferência de bens e recursos públicos a particulares”*. Quanto ao processo de qualificação das entidades como organizações sociais, inexistiriam requisitos que garantissem o respeito ao princípio da impessoalidade (*caput* do art. 37 da CF). E ao dispor sobre a composição do conselho de administração das entidades, a Lei 9.637/98 ofenderia os incisos XVII e XVIII do art. 5º da Magna Carta, porquanto *“a simples manipulação do Estatuto permitiria que entre 40 e 80% dos membros do Conselho sejam escolhidos por indicação do Poder Público, preservando os liames hierárquicos entre o Estado e a organização”*. Daí requererem a procedência desta ação direta para que se declare a inconstitucionalidade integral da Lei 9.637/98, bem como a do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98. Sucessivamente, pleiteiam a *“declaração de inconstitucionalidade do*

ADI 1.923 / DF

disposto nos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.637, de 1998, e do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666, de 1993, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998”, além do reconhecimento, “por derivação e consequência”, da inconstitucionalidade “de todas as demais normas que lhe [sejam] dependentes, cuja existência autônoma ficará desprovida de sentido”, e da “nulidade dos atos administrativos e de gestão” praticados com base na legislação aqui adversada.

9. Continuo neste relato da causa para dizer que o Ministro Ilmar Galvão, que me antecedeu na relatoria deste processo, antes de apreciar a liminar, solicitou informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. Informações que foram prestadas às fls. 151/184 e 186/237.

10. Pois bem, em 24 de junho de 1999, este Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da medida cautelar. Julgamento que se encerrou em 1º de agosto de 2007, quando esta nossa Corte, por maioria, indeferiu o provimento liminar, em acórdão que exhibe a seguinte ementa:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja

ADI 1.923 / DF

mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.”

11. Após haver substituído o Ministro Ilmar Galvão na relatoria desta ação direta de inconstitucionalidade, abri vista dos autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. O primeiro, em manifestação de fls. 406/421, pugnou pela improcedência da ação. O segundo, a seu turno, opinou pela procedência parcial dos pedidos, propondo *“a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que do campo normativo das disposições [legais] se tenha por absolutamente excluída qualquer interpretação que, quando em mira a ação de organizações sociais, pretenda, ou sequer insinue, qualquer tipo de redução na atividade dos órgãos de controle típicos, designados à fiscalização do Poder Público, notadamente na ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas”*.

12. À derradeira, consigno que admiti a intervenção no processo, na qualidade de *amici curiae*, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, da Academia Brasileira de Ciências e do Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná (SINDSAÚDE/PR).

É o relatório.

31/03/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, o voto é compreensivelmente - quero crer - longo, porque poucas vezes eu vi aqui, em nosso Tribunal, impugnação a tantos dispositivos da Constituição Federal, são múltiplos, são numerosos os dispositivos impugnados por esta Ação Direta de Inconstitucionalidade. E eles bem revelam que o nosso constitucionalismo hoje é muito mais do que econômico-social, é um constitucionalismo social genérico, sociocultural, digamos assim, porque incorpora não apenas direitos sociais típicos, no artigo 6º, ou direitos trabalhistas específicos, no artigo 7º - estou falando do nosso constitucionalismo social -, como incorpora ciência e tecnologia, cultura, saúde, educação, Previdência Social, infância, juventude; é um constitucionalismo social do mais largo espectro, por isso eu tive que fazer um voto mais alongado.

Porém, como estou distribuindo a Vossas Excelências o conteúdo do voto, vou me permitir aqui e ali saltar algumas folhas, sem prejuízo - quero crer - da compreensão do meu equacionamento jurídico, do equacionamento que encaminho a título de voto para o mais qualificado exame de Vossas Excelências.

#

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

De saída, pergunto, para em seguida responder, o seguinte: a Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.648/98) violam a Constituição Federal? O modo pelo qual serão prestadas atividades *“dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”* desrespeitam as normas constitucionais brasileiras?

15. Bem, a resposta passa pela revelação do regime constitucional dos serviços públicos, espécie do gênero *“atividade estatal”*. Regime que tem no art. 175 da Constituição de 1988 a sua viga mestra e o focado contraponto ao princípio da liberdade de iniciativa que se lê no art. 170 da mesma Carta Federal. Este último, consagrador da ideia-força de que as atividades econômicas são próprias da iniciativa privada. Já o art. 175, a seguir itinerário mental oposto, consoante os seguintes dizeres: *“incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

16. Vê-se, portanto, que: a) a atividade econômica é o *habitat* da iniciativa privada, assegurando-se a todos os indivíduos o seu livre exercício, *“independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (parágrafo único do art. 170 da CF); b) a prestação de serviços públicos, ao reverso, faz parte das competências constitucionais da União e das demais pessoas federadas. Espécie do gênero *“atividades públicas”* - ainda há pouco dissemos -, sendo que as atividades públicas são custeadas ou financiadas com os impostos e contribuições sociais que o Estado impõe e arrecada (atividades gerais como a legislação, a jurisdição, a diplomacia, a defesa, a segurança pública), enquanto que os serviços públicos são ordinariamente autofinanciados, ora por taxas, ora por tarifas ou preços públicos; ou seja, se prestados pelo próprio setor público, seu custeio se dá mediante a imposição de taxas; se prestados

ADI 1.923 / DF

pelo setor privado – mediante contratos de concessão ou de permissão –, seu financiamento se dá por tarifas ou preços públicos. Daí os seguintes preceitos constitucionais:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

X – manter o **serviço postal** e o **correio aéreo nacional**;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de **radiodifusão sonora e de sons e imagens**;

b) os **serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água**, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a **navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**;

d) os serviços de **transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de **transporte rodoviário** interestadual e internacional de passageiros;

f) os **portos marítimos, fluviais e lacustres**;

(...)

XV – organizar e manter os **serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia** de âmbito nacional;

(...)

XXIII – explorar os **serviços e instalações nucleares** de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

XXIV – organizar, manter e executar a **inspeção do**

ADI 1.923 / DF

trabalho;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da **saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

V – proporcionar os meios de acesso à **cultura**, à **educação** e à **ciência**;

VI – proteger o **meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 25. (...)

(...)

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os **serviços locais de gás canalizado**, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos de interesse local**, incluído o de **transporte coletivo**, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de **educação infantil e de ensino fundamental**;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **serviços de atendimento à saúde da população**;

(...)

ADI 1.923 / DF

IX – promover a **proteção do patrimônio histórico-cultural** local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do **ensino** e nas **ações e serviços públicos de saúde**;

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

ADI 1.923 / DF

III – política tarifária;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa dos poderes públicos** e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As **ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

Art. 205. A **educação**, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV – gratuidade do ensino público em **estabelecimentos oficiais**;

V – valorização dos profissionais da educação escolar, **garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas**;

VI – gestão democrática do **ensino público**, na forma da lei;

(...)

ADI 1.923 / DF

VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da **educação escolar pública**, nos termos de lei federal.

Art. 208. O **dever do Estado com a educação** será efetivado mediante a garantia de :

I – **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, **assegurada inclusive sua oferta gratuita** para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º. O acesso ao **ensino obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do **ensino obrigatório pelo poder público**, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração **seus sistemas de ensino**.

§ 1º. **A União organizará o sistema federal de ensino** e o dos Territórios, financiará as **instituições de ensino públicas federais** e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º. Na **organização de seus sistemas de ensino**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do **ensino obrigatório**.

§ 5º. A **educação básica pública** atenderá prioritariamente

ADI 1.923 / DF

ao ensino regular.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

(...)

§ 5º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a **entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.**

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta

ADI 1.923 / DF

Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

(...)

§ 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será **mantido na órbita federal.**”

17. Como se percebe, a luzes claras, quis a nossa Carta Magna que competisse à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inciso XXIII do art. 21 da CF). Prescreveu ainda caber à mesma União explorar, **diretamente, ou sob regime de concessão, permissão ou autorização**, serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário, etc (incisos XI e XII do art. 21 da CF). No mesmo tom, ordenou que ficassem sob a competência dos Municípios a organização e prestação **direta, ou mediante concessão ou permissão**, dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (inciso V do art. 30 da CF). Disse também caber ao Poder Público a iniciativa de ações destinadas a assegurar os direitos pertinentes à saúde, à previdência, à assistência social (art. 194 da CF), à educação (art. 205 da CF), à cultura (art. 215 da CF), ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 218 da CF) e ao meio ambiente (art. 225 da CF). Em suma, o papel do Estado na prestação de certas atividades, dentre as quais os serviços públicos, é o de protagonista-mor ou agente central. Logo, diferentemente da atividade econômica, seara em que o Poder Público, atuando como agente normativo e regulador, exerce, em regra, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF), no palco dos serviços públicos o Estado é ator por excelência, prestando-os diretamente, ou então, sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

18. Também a luzes claras se percebe: a) ao contrário das atividades gerais do Estado, os serviços públicos são “específicos e divisíveis”, no

ADI 1.923 / DF

sentido de que são prestados aos respectivos usuários com perfeita ou inconfundível identidade material e mensurabilidade no seu individualizado desfrute. Isso para o efeito da quantificação *per capita* do seu consumo e consequente retribuição pecuniária sob a forma de taxa, ou de tarifa; b) ao lado deles, serviços públicos de titularidade estatal exclusiva, colocam-se atividades que são também de senhorio estatal, mas não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, **porém sob o timbre da relevância pública**. Conforme diz a Constituição – por amostragem, entenda-se –, nos seguintes preceitos:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de **ações de iniciativa** dos poderes públicos e **da sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à **previdência** e à **assistência social**.

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

Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.**

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

ADI 1.923 / DF

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às **instituições privadas com fins lucrativos**.

Art. 202. O regime de **previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

§ 3º. É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, **salvo na qualidade de patrocinador**, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Art. 205. A **educação**, direito de todos e dever do Estado e **da família**, será promovida e incentivada **com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209. **O ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, **podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas**, definidas em lei, que:

- I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder

ADI 1.923 / DF

público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º. Os recursos de que trata este artigo **poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio**, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, **quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.**

§ 2º. As atividades universitárias de pesquisa e extensão **poderão receber apoio financeiro do poder público.**

Art. 216. (...)

§ 1º. O poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o **desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.**

(...)

§ 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º. **A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País**, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional

ADI 1.923 / DF

e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se** ao poder público e à **coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

Art. 227. É **dever da família, da sociedade** e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à **cultura**, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, **admitida a participação de entidades não-governamentais** e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e **subsídios**, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.”

19. Agora é de se perguntar: à iniciativa privada é permitida a prestação de serviços públicos? Há serviços públicos em que o setor privado pode atuar por sua conta e risco? Em caso afirmativo, podem

ADI 1.923 / DF

recursos públicos ser destinados a instituições privadas, não integrantes da Administração Pública? Existe mesmo um setor público não-estatal, ou, por definição, todo setor público tem que ser estatal?

20. Da leitura de todos esses dispositivos constitucionais desata a compreensão de que, realmente, há serviços públicos passíveis de prestação não-estatal. Serviços que, se prestados pelo setor público, seja diretamente, seja sob regime de concessão, permissão ou autorização, serão de natureza pública; se prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do transpasse da sua prestação ao setor privado.

21. Já no que toca às atividades de senhorio misto, serão elas de natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado, ou em parceria com o setor privado. E se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sua definição é como atividades ou serviços de relevância pública (inciso II do art. 129 e art. 197, ambos da CF). Assim é que o art. 199 da Constituição Federal dispõe, categoricamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art. 209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art. 202 da CF); b) à colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (§ 1º do art. 216 da CF); c) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§ 4º do art. 218 da CF); d) ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente (*caput* do art. 225 da CF). Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF); b) a vedação de auxílios ou subvenções na área de saúde apenas às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º do art. 199 da CF); c) a participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a previsão, inclusive, de subsídios públicos (inciso VI do § 3º e § 1º,

ADI 1.923 / DF

ambos do art. 227 da CF); d) o aporte de recursos do Estado a entidades de previdência privada, na qualidade de patrocinador (§ 3º do art. 202 da CF); e) a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, bem como a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio (art. 213 e § 1º da CF); f) o apoio financeiro do Poder Público às atividades universitárias de pesquisa e extensão (§ 2º do art. 213 da CF).

22. Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que **passíveis de financiamento público** e sob a cláusula da **atuação apenas complementar** do setor público. Noutra dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável. Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma “indireta”; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei “*e sempre através de licitação*” (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal.

23. Recolocando a ideia: assim como seria inconstitucional uma lei que “estatizasse” toda a atividade econômica (a participação do Estado se dá por exceção, para atender “*aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”, nos termos da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal), também padeceria do vício de inconstitucionalidade norma jurídica que afastasse do Estado toda e qualquer prestação direta (pelos próprios órgãos e entidades da

ADI 1.923 / DF

Administração Pública) dos serviços que são dele, Estado, e não da iniciativa privada. Não por acaso, a Constituição Federal prevê: a) a instituição de um sistema único para integrar as ações e serviços **públicos** de saúde (art. 198 da CF), do qual instituições privadas poderão participar **de forma complementar** (§ 1º do art. 199 da CF); b) um regime de previdência privada, **de caráter complementar** e organizado de forma autônoma em relação ao **regime geral de previdência social**; c) a existência de um ensino **público, obrigatório e gratuito, em estabelecimentos oficiais**, com profissionais recrutados exclusivamente por concurso público de provas e títulos (incisos IV e V do art. 206, §§ 1º e 2º do art. 208, todos da CF); c) a aplicação de um mínimo de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços **públicos** de saúde (alínea “e” do inciso VII do art. 34, inciso III do art. 35, § 2º do art. 198 e art. 212, todos da CF).

24. Isso posto, feito o exame das normas constitucionais pertinentes à matéria em causa, passo a analisar o conteúdo da Lei 9.637/98. Lei 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 sociais”*. Diploma legislativo que os requerentes tacham de inconstitucional, na íntegra, mas a quem dou razão apenas em parte. Passo a explicar.

25. Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de *“Programa Nacional de Publicização”*. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na *“absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei”* (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de **privatização**. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o

ADI 1.923 / DF

Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços **públicos** de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos **oficiais** de ensino, a regime **geral** de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada **toda a** prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a **substituir** o Poder Público, e não simplesmente a **complementar** a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas.¹ O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

26. Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

27. A se ter como válida a mencionada “*absorção*”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos **oficiais** de ensino, serviços **públicos** de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa **não integrante da Administração Pública**.² Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o

1 É certo que a Constituição Federal autoriza a mediação privada de diversos serviços públicos (incisos XI e XII do art. 21). Assim o faz, porém, expressamente, e sempre sob o regime de concessão, permissão ou autorização, o que não ocorre quanto aos serviços arrolados no art. 1º da Lei 9.637/98.

2 Imperioso esclarecer que a Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação tem peculiaridades que

ADI 1.923 / DF

mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal. O que de pronto me leva a julgar inconstitucionais os arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98.

28. O que a Magna Carta admite e até mesmo estimula, agora sim, é a colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o art. 1º da Lei 9.637/98 que *“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”* na lei. Organizações sociais que, uma vez assim qualificadas, poderão firmar com o Poder Público um *“contrato de gestão”, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”* (art. 5º da Lei 9.637/98). Contrato de que poderão constar cláusulas garantidoras: a) do repasse de recursos orçamentários; b) do uso de bens públicos; c) da cessão especial de servidores estatais (arts. 12 e 14 da Lei nº 9.637/98).

29. Sob tais coordenadas normativas, não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares. Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos. E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo *“não exclusivos do Estado”*, dando-se que as pessoas jurídicas de direito

a colocam fora da *quaestio juris* aqui exposta. Em primeiro lugar, a lei que rege seu funcionamento é outra, a de nº 8.246/91. Segundo, apenas aparentemente houve absorção, por pessoa privada, das atividades de uma entidade pública. Aclaro: é verdade que os arts. 1º e 2º da Lei 8.246/91 extinguiram a Fundação das Pioneiras Sociais e repassaram suas atividades para o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Acontece que a mencionada fundação teve sua origem, justamente, na *“incorporação da sociedade civil ‘Associação das Pioneiras Sociais’”,* nos idos de 1960 (art. 1º da Lei 3.736/60). O que isso significa? Que a lei editada em 1991 apenas restituiu à iniciativa privada o desempenho de atividades que, na origem, estavam enfeixadas em suas mãos.

ADI 1.923 / DF

privado **sem fins lucrativos**, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais. Daí o chamado “contrato de gestão” consistir, em linhas gerais, num convênio. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente.

30. Neste passo, calha invocar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem “no contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”³. É como também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, nesta clara dicção: os “convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes”⁴. Ainda Marçal Justen Filho, a saber: “no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe”⁵. Ora, no caso da celebração, entre Estado e organização social, de “contrato de gestão”, impossível deixar de reconhecer a presença de interesses tão recíprocos quanto convergentes. A entidade privada “contratante” tem objetivos de natureza social e finalidade não lucrativa (alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 2º da Lei 9.637/98). Objetivos e finalidades compartilhados com o Poder Público. Donde José dos Santos Carvalho Filho averbar, categórico:

“Devidamente qualificadas, as **organizações sociais** celebram com o Poder Público o que a lei denominou de **contratos de gestão**, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 635.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 641.

ADI 1.923 / DF

propriamente **contrato** nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro **convênio**, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a **objetivos de interesses comuns**. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.”⁶

31. Pois bem, da conclusão de que o “contrato de gestão” é, na verdade, um convênio, toma corpo o juízo técnico de que, em princípio, **há desnecessidade de processo licitatório para a sua celebração**. Leia-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”⁷

32. Sendo assim, tenho que não viola, em linha de princípio, a Constituição Federal o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98. É que a exclusão de processo licitatório

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 339-340.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

ADI 1.923 / DF

para a celebração de contrato de gestão nada mais retrata do que a verdadeira natureza convenial do ajuste. Natureza que possibilita, inclusive, a desnecessidade de proceder licitatório para a permissão de uso de bem público (§ 3º do art. 12 da Lei 9.637/98).

33. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.

34. No ponto, precisas são as palavras do então Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, *litteris*:

“32. No atual estado de evolução do Estado constitucional, não existe abertura a que juízos dessa monta – a lidar com a centralidade de direitos fundamentais, aqui numa dimensão objetiva, como a que indica ao Estado o dever de prestar educação e saúde – sejam formulados sem que à sociedade esteja franqueado acesso irrestrito a todas as justificativas, razões e percepções do gestor público. Uma ou outra opção precisam, necessariamente, ter aval em motivos e objetivos justificados – e sempre verificáveis –, assim como seus propostos resultados estão sujeitos a controle.

ADI 1.923 / DF

33. A adoção do regime jurídico-privado pela Administração demanda um 'nexo de necessidade' e não de mera 'conveniência'. E como se irá obter esse juízo?

34. A Lei 9.637/98, no entanto, organiza um sistema absolutamente aleatório de classificação de organizações que hão de ser laureadas com o título de 'sociais', pondo ao isolado alvedrio do administrador, no caso, ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deva regular a área de atuação da entidade (art. 2º, II), o juízo de *oportunidade* e de *conveniência* quanto à absorção pelo Poder Público dos desígnios da instituição-candidata, que então, mediante contrato de gestão, será fomentada com dinheiro, pessoal e material, elevando-se, ainda, a potencial beneficiária de contratação com a Administração, e tudo isso fora das regras regulares de mercado, pois não precisará se submeter a processo público de licitação.

35. Se a retórica de base é a eficiência na prestação do serviço, vai mal o modelo organizado pela Lei 9.637/98. A decisão de se classificar um organismo como organização social, em decorrência do *status* diferenciado que esta nomenclatura confere à entidade, é uma deliberação marcada por todos os contornos do regime jurídico público.

36. Ainda que seja para atuar em espaço de interesse coletivo que está franqueado também aos agentes econômicos privados, o envolvimento material do Poder Público com a organização exige que se espraíem os princípios do art. 37 da Constituição da República por todo o conjunto normativo. De nada serve a referência feita aos princípios constitucionais da Administração no art. 7º da Lei 9.637/98, ao tratar do contrato de gestão, se esse ideário é ignorado no instante da verdadeira decisão pública de relevo, que é a própria classificação de que cuidam os arts. 1º e 2º.

37. Aqui surge um tema relevantíssimo ligado à necessária limitação da fuga para o direito privado, que diz com a procedimentalização das condutas administrativo-estatais e sua – virtual – aplicação às entidades privadas que atuem nessa arena.

ADI 1.923 / DF

38. A opção por se adotar o regime jurídico-privado para prestar o serviço, ao se classificar uma entidade como 'organização social', não indica que o momento lógico anterior à essa prestação deve também representar a expressão de um lado autônomo do Poder Público. A Administração não passa, a partir da edição da Lei 9.637/98, a deter autonomia – na melhor acepção de direito privado – para escolher a condução de suas ações. Caberá ao gestor percorrer todo o caminho jurídico e administrativo para que, ao fim, obtenha decisão construída num ambiente propício ao controle de suas razões.

39. Isso porque, no final da linha, o que se tem é a destinação de receitas orçamentárias a entidades de direito privado, podendo representar, se exagerada a liberdade de ação, num subterfúgio às destinações legais das verbas, definidas em processo legislativo próprio que é a lei orçamentária.

(...)

41. A Lei 9.637/98 resente-se da falta de regras que coordenem melhor o controle desse processo de transferência. A tomada de decisão do administrador não está sujeita a nenhum critério objetivo, senão o seu juízo discricionário – ao contrário do ato de desqualificação, que, inversamente, demanda, segundo os termos do diploma examinado (art. 16, § 1º), instauração de procedimento administrativo, a representar a constituição de direitos subjetivos em proveito da organização social prestigiada.

(...)

43. A disciplina da classificação merece um cuidado maior, sem o que não se harmoniza com a Constituição da República, exatamente por propiciar, na formatação que a literalidade da norma emprega, excessiva discricionariedade do agente público que, no trato da constituição de relações jurídicas com particulares, especialmente para efeito de se pretender obter um resultado público-social, deve atender a níveis republicanos de comportamento. **Em suma, a decisão da qualificação, ou não, de uma entidade como organização social, assim como o**

ADI 1.923 / DF

processo de lhe integrar ao papel estatal, ainda que pela regência especial do contrato de gestão, deve atender a juízos racionais do agente público, juízos esses que possam ser controlados pelos interessados e, em especial, pela sociedade.

(...)

45. A qualificação pode ser admitida assim, para o propósito de se avaliar a sua constitucionalidade, como uma etapa absolutamente autônoma do processo de transferência do serviço ao regime jurídico privado. Obviamente, a contratação emana de um processo decisório político-administrativo, pois representa a opção pelo modelo jurídico diferenciado de execução de uma atividade pública. **A qualificação como organização social pode ser entendida como espécie de necessária habilitação dos interessados em contratar com o Poder Público.**

46. A habilitação é um passo técnico que não pode se valer de critérios discricionários muito abertos, sob pena de trancar, desde logo, o caminho à contratação.

47. Essa, por sua vez, embora constitua decisão política do gestor público, que nem por isso está absolutamente livre de controle, deve atender a estruturas constitucionais. Volto a LEITE SAMPAIO para dizer que *'se o objetivo é a prestação de serviço público de maneira mais eficiente e eficaz, deve-se oportunizar às organizações sociais existentes a apresentação de sua proposta de trabalho, o que exige publicidade da intenção do Poder Público para firmar o contrato de gestão'*.

48. **O contrato de gestão, portanto, somente pode ser firmado com o personagem que tenha sido eleito após resultado de um processo público de deliberação**, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social. Nas palavras de LEITE SAMPAIO, *'haverá necessidade de apuração do melhor perfil institucional por*

ADI 1.923 / DF

meio de decisão fundamentada proferida em procedimento simplificado que confira transparência à escolha e revele a prevalência do interesse público’.

(...)

54. Sob tal ordem de ideias, e em conclusão, penso que a melhor solução, para efeito de se obter grau suficiente de atendimento a princípios constitucionais, é a de, no controle concentrado, configurar-se pronunciamento que transfira a decisão política de se adotar o regime jurídico privado para o momento de deliberação sobre a possibilidade de optar-se pelo regime do contrato de gestão; **decisão essa que deve partir de um processo público, de padrões objetivos, a que se dê ampla publicidade, possibilitando que todos os interessados possam contratar com o Poder Público, que deve adotar a melhor solução para o fim de se obter o melhor cumprimento da tarefa social pretendida.**

(...)

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

35. É como penso, a partir da observação de que, salvo o que se contém no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98, todos os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal (registro do ato constitutivo, nos termos do inciso I do art. 2º, composição e atribuições do Conselho de Administração, conforme dicção dos arts. 3º e 4º). A patentear que não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública. Donde a impossibilidade de se recusar o qualificativo de organização social àquelas entidades que

ADI 1.923 / DF

atendam aos pressupostos formais dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e ainda se nivelem àquelas já contempladas com o juízo afirmativo da Administração; isto é, já formalmente qualificadas como organizações sociais.

36. Daqui se desprende a serena proposição cognitiva de que a aprovação “do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade” é de se dar na esfera da mais franca publicidade e objetiva motivação. Noutros termos, é de se proceder a um chamamento público, com regras objetivas, para que, de todas as organizações sociais com atuação na área em que pretende agir o Poder Público por modo emparceirado com o setor privado, seja convocada aquela de maior aptidão para vitalizar a atividade que, em princípio, demandaria atuação estatal por sua exclusiva conta e risco. Sem contrato ou convênio com quem quer que seja, portanto. É como propõem Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira, na exposição de motivos do anteprojeto de lei que versa, justamente, sobre a formulação do que eles designam por “contrato público de colaboração”. Confira-se:

“O principal objetivo do modelo normativo adotado pelo anteprojeto é o de estabelecer, como exigência prévia à celebração do contrato, a realização de procedimento público sob a denominação de *chamamento público*, corrigindo-se falha hoje existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com os referidos entes. O objetivo é o de permitir o amplo e prévio controle de todas as contratações, pela adoção de um método transparente de escolha do contratado e de determinação do conteúdo do contrato. **O chamamento público não é um processo de licitação – e, por isso, não segue o regime legal desta, que não foi concebido para a formatação de contratos de colaboração – mas se inspira em princípios de algum modo semelhantes. Deveras, o processo será realizado em consonância com os princípios legais e constitucionais da Administração Pública,**

ADI 1.923 / DF

especialmente publicidade, isonomia e motivação.

Ao instituir essa exigência geral de procedimentalização para a celebração dos contratos de colaboração, o anteprojeto tomou o cuidado de não amarrar a ação administrativa a um modelo processual fixo, que poderia inviabilizar a ação administrativa eficiente. A solução jurídica adotada – compatível com a necessidade de flexibilidade – foi a de impor, às entidades administrativas, o dever de, previamente a qualquer contratação, editar normas definindo suas condições e detalhando os procedimentos a serem adotados.” (grifo nosso)

37. Ora, acrescento, outro não é o comando constitucional de procedimentalização ou peculiarização do proceder licitatório das empresas estatais que explorem atividade econômica. Quero dizer: mesmo em se tratando de empresa estatal não prestadora de serviço público, mas exploradora de atividade econômica, a Constituição apenas transferiu à lei a incumbência de peculiarizar o regime de licitação que de logo impôs a todas elas. Não optou pela exclusão do processo licitatório. E não optou pela exclusão de tal proceder competitivo, em homenagem, justamente, aos princípios do art. 37 dela mesma, Constituição Federal. Leia-se o texto:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

ADI 1.923 / DF

38. Nesse fluxo de ideias, imperioso reconhecer a inconstitucionalidade do fraseado *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”*, contido no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98. E no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: **sem a realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão – não, necessariamente, de um processo licitatório –, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.**

39. Por igual, a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública se estende à execução do contrato. Execução que *“será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”* (art. 8º). **Mas uma fiscalização em paralelo: a) àquela que já faz parte das competências constitucionais do Ministério Público e dos Tribunais de Contas; b) àquela exercida pelos próprios cidadãos, como corolário do princípio da publicidade (inciso XXXIII do art. 5º e § 3º do art. 37, ambos da CF).** Sem que isso encontre obstáculo nos arts. 8º a 10, menos ainda no inciso X do art. 4º, todos da Lei 9.637/98.

40. Passo agora à análise das alegações de que seriam inconstitucionais os incisos V, VII e VIII do art. 4º, o inciso II do art. 7º e o art. 14, todos da Lei 9.637/98. Inconstitucionalidade consistente em que os salários dos dirigentes e empregados da organização social, embora pagos com recursos públicos, não seriam fixados nem atualizados por lei. Também assim a contratação de pessoal, que seria discricionária pelo fato da não-realização de concurso público. Ademais, haveria *“fraude à Constituição, mediante a descaracterização do ente público com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao ente privado a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade”*.

ADI 1.923 / DF

41. Nesse novo desafio temático, tenho que os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º, ambos da Lei 9.637/98, não padecem do vício maior da inconstitucionalidade. É que as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, **não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública**. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos. Consequentemente, não se lhes aplica o disposto nos incisos II e X do art. 37 da Constituição Federal. Noutras palavras, mesmo sujeitas a procedimento impessoal na seleção dos empregados⁸ e na fixação dos respectivos salários, não há que se falar em concurso público, ou remuneração fixada por lei.⁹ Já no tocante aos servidores públicos cedidos na forma do art. 14 da Lei 9.637/98, a situação é oposta. É aplicável – aqui, sim – o inciso X do art. 37 da Magna Carta, segundo o qual *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”*. Sendo assim, toda a retribuição pecuniária paga pelo trabalho dos servidores públicos, mesmo que cedidos, é de ser prevista em lei (ainda que o ônus desse pagamento recaia sobre o órgão ou entidade cessionários). Logo, inconstitucional é o § 1º do art. 14 da Lei 9.637/98, atinente a cessão especial *“com ônus para a origem”*, na parte em que permite a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize.¹⁰ Mais: a parte final do § 2º do mesmo artigo prevê o pagamento

8 Procedimento similar àquele que o § 4º do art. 198 da Constituição Federal exige para a admissão, pelos gestores locais do SUS, dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, ou seja, um *“processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”*.

9 O mesmo raciocínio se aplica ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. As obras, serviços, compras e alienações das organizações sociais não se sujeitam à licitação. **O que se lhes aplica é um procedimento objetivo serviente dos mencionados princípios constitucionais da Administração Pública**. Razão de ser, aliás, do inciso VIII do art. 4º e do art. 17, ambos da Lei 9.637/98.

10 Importante realçar que os servidores públicos cedidos a organizações sociais continuam a auferir todas as vantagens do cargo público que ocupam, ainda que passem a integrar quadro em extinção. E não se diga que vantagens pagas pela organização social se justificariam pela eventual ausência de reajuste dos vencimentos desses servidores (afinal, o

ADI 1.923 / DF

de “adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” com recursos públicos, o que, além de ofender o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, vulnera o § 1º de seu art. 169. Pelo que julgo inconstitucional a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14 da Lei 9.637/98. Consequentemente, e por ficar vedado o pagamento, pela organização social, de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, perde sua razão de ser o § 1º do mesmo art. 14 (inconstitucionalidade por reverberação normativa).

42. Por fim, não posso deixar de propor a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade **dos arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98**. É que a lei vigora há mais de doze anos e este Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar. Nesse período, várias entidades públicas (federais, estaduais e municipais) foram extintas, repassando-se para organizações sociais a prestação das respectivas atividades. A Lei 9.637/98 assim procedeu, ela própria, quanto ao Laboratório Nacional de Luz Síncrona e à Fundação Roquette Pinto. Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica, não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de extratificação. As organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data deste julgamento não de continuar prestando os

Poder Público não teria interesse em valorizar um quadro em extinção). Tome-se como exemplo os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto: dentre os objetivos da Medida Provisória 479, de 30 de dezembro de 2009, está o de “*permitir que os servidores da extinta Fundação Roquette Pinto, cedidos para a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP e para o Governo do Estado do Maranhão e do Rio de Janeiro ou ainda outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente da ocupação de cargos ou funções comissionadas, possam receber a gratificação de desempenho de atividade a que fazem jus em função dos planos de cargos a que pertencem – Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA ou Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte – GDPGTAS ou a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE. Também é incluído o art. 23-A na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, para assegurar a esses servidores todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de produtividade ou de desempenho, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória.*”

ADI 1.923 / DF

respectivos serviços. Sem prejuízo, claro, da obrigatoriedade de o Poder Público, ao final dos vigentes contratos de gestão, instaurar processo público e objetivo (não, necessariamente, licitação, nos termos da Lei 8.666/93) para as novas avenças.

43. Ante o exposto, voto pela **procedência parcial** desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior. Interpreto ainda, “conforme à Constituição” os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como “organização social”; b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão”.

É como voto.

31/03/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADV.(A/S)	: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S)	: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA
INTDO.(A/S)	: ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS
ADV.(A/S)	: BELISÁRIO DOS SANTOS JR.
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR
ADV.(A/S)	: LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, essa matéria relativa ao terceiro setor é uma matéria em que não há paz nem na doutrina, nem na jurisprudência. Algo análogo aqui na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refere-se às privatizações, que também não é o caso específico da criação das organizações sociais.

De sorte que, com a vênia dos eminentes Colegas, eu peço vista.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram a presente ADI postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637/98, 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 sociais, e dá outras providências”*. Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação *“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”*.

Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal:

(i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo

ADI 1923 / DF

recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

(ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria

ADI 1923 / DF

execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, *caput*);

(iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169): a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

(v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, *caput* e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta “*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*”, ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

(vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74): o *caput* do art. 4º da Lei, ao listar as “*atribuições privativas do conselho de administração*”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

(vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.

ADI 1923 / DF

Prestadas as informações pelas autoridades que editaram os atos impugnados (fls. 151 e segs.), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 186 e segs.), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em julgamento iniciado em 24 de junho de 1999 e concluído em 1º de agosto de 2007, indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores (fls. 264 e segs.), conforme ementa assim lavrada:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4. Medida cautelar indeferida. “

(ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO,

ADI 1923 / DF

Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)

No curso do processo, requereram ingresso no feito, em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Intervieram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais, em petições que restaram juntadas por linha aos presentes autos.

Nova manifestação foi trazida aos autos pelo Advogado-Geral da União (fls. 406 e segs.), após o que se seguiu o parecer do Procurador-Geral da República à época, Exmo. Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinando pela procedência parcial do pedido (fls. 429-452) para (i) reputar imprescindível que a opção política pelo modelo de atuação pública através do contrato de gestão seja precedido de processo decisório dotado de publicidade, acessível aos interessados; (ii) afirmar a inconstitucionalidade do condicionamento da qualificação a critérios discricionários, do que decorreria a invalidade da expressão "*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*" constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98; (iii) asseverar a inconstitucionalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porquanto incompatível com a lógica da eficiência que o próprio modelo das organizações sociais pretende promover; e (iv) ratificar a incidência, sem qualquer restrição, do exercício das atividades de controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

O eminente Min. Relator Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 07 de abril de 2011, votou pela procedência parcial

ADI 1923 / DF

dos pedidos. Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que *“se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público”*, e *“se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública”*, citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 – **seguridade social** –, 197, 199, §§ 1º e 2º – **saúde** –, 202, *caput* e § 3º – **previdência privada** –, 205, 209, *caput*, 213, *caput* e §§ 1º e 2º – **educação** –, 216, §1º – **cultura** –, 218, *caput* e § 4º – **desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas** –, dentre outros.

Na sequência, asseverou o Min. Relator que, no campo dos serviços públicos não exclusivos, a atuação da iniciativa privada ocorreria de modo complementar, sem substituir a ação do poder público. Disso decorreria a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, eis que, ao extinguirem entidades públicas e determinarem a absorção de suas atividades por organizações sociais, configurariam verdadeira substituição do Estado, reservando a este o mero papel de indutor, fiscalizador e regulador, o que seria próprio apenas às atividades econômicas, e não aos serviços públicos. Entendeu o Min. Relator por modular, no ponto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando os atos praticados até o momento com base no diploma legal.

No que pertine, por sua vez, ao modelo geral das Organizações Sociais instituído pela Lei, ressaltou o Min. Relator a circunstância de o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. A natureza de convênio, ainda, afastaria a pecha de inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no

ADI 1923 / DF

art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, desde que observados, invariavelmente, os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas, razão pela qual conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos e, ainda, aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei, resguardando, em todas as hipóteses, o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição.

Afirmou, nessa mesma linha, a inconstitucionalidade da expressão *“quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”* constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, porquanto, ao conferir competência discricionária ao Poder Executivo, mostrar-se-ia incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento de qualificação. Por fim, após considerar que, por não serem funcionários públicos, aos empregados permanentes das Organizações Sociais não seriam aplicáveis os princípios da legalidade na remuneração e do concurso para admissão, reputou inconstitucional a expressão *“com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”*, constante do § 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, e, por consequência, o § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com relação aos servidores públicos cedidos às entidades privadas, não seria possível o pagamento de qualquer verba, ainda que privada, sem previsão em lei.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda

ADI 1923 / DF

que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevaletentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas tem de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, *caput*) e à educação (CF, art. 209, *caput*), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “*livres à iniciativa privada*”.

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*¹, em

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 181.

ADI 1923 / DF

contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos *compartidos*², serviços públicos *não privativos*³, ou serviços públicos *não exclusivos*⁴: poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, *caput*, da CF.

Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse*

2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 180 e segs.

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 666.

4 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Parcerias na administração pública*, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

ADI 1923 / DF

público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram *serviços públicos*, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. Confira-se o precedente, relatado pelo Min. Eros Grau:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”

(ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)

Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a *delegação* de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, ‘b’) –, não pode

ADI 1923 / DF

suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “*livres à iniciativa privada*” e/ou “*deveres da Sociedade*”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “*ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*” (art. 1º, *caput*, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema *de fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. É nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma *direta* ou

ADI 1923 / DF

indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto⁵: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos

5 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*, In: *Direito administrativo econômico*, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74: “O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado Gendarme tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infra-estrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.

ADI 1923 / DF

setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, *caput*, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIs nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e nº 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social⁶. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*.

6 Exemplo de leitura excessivamente abrangente da Constituição, capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos, consiste na denominada *Era Lochner* no direito constitucional norte-americano. Tal momento histórico foi caracterizado por uma postura interpretativa da Suprema Corte americana no sentido de valorizar ao mais alto grau a liberdade de contratar, invalidando diversas leis que pretenderam intervir em setores da economia. O precedente que conferiu denominação a tal período, *Lochner v. New York*, foi julgado em 1905, tendo a doutrina ali manifestada vigorado até o ano de 1937, com a decisão proferida em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

ADI 1923 / DF

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (CF, art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

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.

Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais⁷. Diogo de Figueiredo Moreira

7 SOUTO, Marco Juruena Villela. *Fomento do desenvolvimento regional*, In: *Direito administrativo estadual*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 196; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 202-203: “Gaspar Ariño Ortiz enfatiza a concepção do *Estado financiador*, concentrado na

ADI 1923 / DF

Neto, ao tratar do tema, afirma que “o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”⁸, porquanto fortemente calcada na efetivação do *princípio da consensualidade* e da *participação* no direito administrativo.

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. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* 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, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADI nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal.

atividade de *fomento*, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo. A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos; e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade”.

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública consensual*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 45.

ADI 1923 / DF

A própria Lei nº 9.637/98 menciona expressamente o termo fomento em diversos de seus dispositivos, como se vê de seus arts. 5º, 6º, parágrafo único, e 8º, bem como diretamente da denominação da *Seção V – Do fomento às Atividades Sociais* da Lei, integrada pelos arts. 11 a 15. Não há, assim, risco de sucateamento dos setores, que, pela só previsão em lei desse marco regulatório do terceiro setor, não serão colocados à margem do controle do Estado.

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.

Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº 9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares. Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.

Não há sequer como apontar, nessa linha, que aquelas duas decisões

ADI 1923 / DF

políticas específicas tomadas através da edição do art. 21 da Lei, de extinção do *Laboratório Nacional de Luz Síncrotron* e da *Fundação Roquette Pinto*, vulnerariam a Constituição. Como se viu mais acima, a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pelo prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado*⁹, sendo por isso válida, em abstrato, a instituição de um marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento. Ora, se, portanto, seria válida no futuro a escolha pela intervenção através do fomento, não há como enxergar qualquer óbice a que a Lei optasse por fazê-lo pontualmente, desde logo, com relação aos dois setores ocupados pelas referidas entidades.

Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição.

Afastadas a suposta afronta ao art. 175 da CF e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei, cabe analisar se há alguma violação ao *dever constitucional de licitar* (CF, art. 37, XXI), diante dos

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175-194.

ADI 1923 / DF

pormenores do marco legal das Organizações Sociais. Neste ponto, a argumentação desenvolvida pelos autores diz respeito (i) ao procedimento de qualificação como OS, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à prestação de serviços, nos limites do contrato de gestão já celebrado, pela OS ao Poder Público, (iv) à outorga de permissão de uso de bem público à OS e (v) às contratações de serviços pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, alegando que a ausência de licitação em cada um desses atos representaria violação à Constituição.

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como *contratação* no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, *a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina¹⁰ e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "*organização social*", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), *é a qualificação da entidade como organização social*. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios.

Pelo regime da lei, os requisitos legais do inc. I do art. 2º podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas – com a ressalva do conteúdo *discricionário* do inc. II, a seguir analisado. Assim, não há, nesta etapa de qualificação, verdadeira disputa entre os interessados, já que,

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

ADI 1923 / DF

repita-se, todos que satisfizerem os requisitos poderão alcançar o mesmo título jurídico, de “*organização social*”, a ser concedido pela Administração Pública. A doutrina contemporânea tem feito uso do termo *credenciamento* para denominar tais casos, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar 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*.

Cabe analisar, ainda sob este prisma, o inc. II do mesmo artigo, por força do qual a conclusão do procedimento de qualificação depende de “*aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado*”. Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada *competência discricionária*, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida¹¹.

Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da *impeccabilidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Por essa via,

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 925 e segs., e em especial às pp. 928-9.

ADI 1923 / DF

informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional¹². No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais¹³.

Nesse sentido, por exemplo, já teve oportunidade de se manifestar esta Suprema Corte no julgamento da medida cautelar na ADC nº 12, posteriormente confirmada em decisão de mérito, em que se decidiu pela

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 372-6.

13 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 307-8: “24. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório *externo* ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na idéia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a idéia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público. 25. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade”.

ADI 1923 / DF

constitucionalidade do ato do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. Afirmou-se, na essência da fundamentação do *decisium*, que o ato regulamentar do CNJ, de inegável natureza administrativa, apenas concretizava os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, e com isso reconhecendo-se a incidência direta das normas constitucionais na atividade administrativa do Estado, *verbis*:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art.

ADI 1923 / DF

37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. (...)”

(ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.

Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no *caput* do art. 37 da CF, em especial os princípios da *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade

ADI 1923 / DF

dos atos do poder público.

E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei nº 9.637/98. Com efeito, a referida Lei dispõe, em seu art. 20, sobre a edição de Decreto consubstanciando o *Programa Nacional de Publicização – PNP*, “com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente”.

Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios *objetivos* em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como um veículo para alcançar a concretização das diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento¹⁴.

14 Ressalta a homogeneidade que pode resultar da previsão em atos regulamentares de critérios abstratos para o exercício de competências discricionárias a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 327.

ADI 1923 / DF

O cenário de limitação à atuação do administrador fica completo, na sistemática da Lei, pelo ato oposto ao disciplinado pelo art. 2º, de desqualificação, para cuja produção o art. 16, §1º, impõe um procedimento administrativo formal, com aplicação da garantia da ampla defesa, o que, pelo paralelismo das formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de “organização social” pelo procedimento de qualificação – porquanto toda atividade decisória da administração pública, quando capaz de produzir efeitos a esferas jurídicas de particulares, é necessariamente *processualizada*.

Deste modo, a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo, preservando-se, assim, o alerta do Procurador-Geral da República no sentido de que o procedimento de qualificação “*deve atender a juízos racionais do agente público*” (fls. 447). É este o conceito de discricionariedade que, *in casu*, deve ser extraído da Constituição, sem que de qualquer forma se configure, por essa linha, violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, justamente as bases axiológicas da regra constitucional da licitação. Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a *celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público*. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a

ADI 1923 / DF

conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado¹⁵.

É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, *pretendem alcançar a mesma finalidade*: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual¹⁶.

Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impressoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 247-8; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 296.

ADI 1923 / DF

1º, *caput*).

Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitera-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

“A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público ‘contratante’ possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70),

ADI 1923 / DF

na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas”¹⁷.

E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão – literalmente, apenas a *elaboração*, porém – será submetida aos “*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)*”. A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP’s – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se *qualifiquem* como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à “*observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*”. Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.

Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a *celebração do contrato de gestão* com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749.

ADI 1923 / DF

incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma 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, desde que observado o postulado da proporcionalidade¹⁸. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa¹⁹, em idêntica linha

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*, In: *Licitações e contratos administrativos – casos e polêmicas*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. *A função regulatória na licitação*, disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-agosto-2009-LucianoFerraz.pdf

19 Lei nº 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas

ADI 1923 / DF

ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar 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 de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais²⁰.

E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei n 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93.

Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais,

técnicas, ambientais e de saúde pública.

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

ADI 1923 / DF

como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública²¹. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às *regras* formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “*aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade*”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, *tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos*²².

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 293.

22 Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

ADI 1923 / DF

Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobrás com base na Lei nº 9.478/97 – *embora até o momento o Pleno não tenha firmado posição sobre o tema*. Confira-se o precedente, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

“Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobrás com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei nº 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário.”

(AC 1193 MC-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006 PP-00018 EMENT VOL-02239-01 PP-00042 RTJ VOL-00205-03 PP-01084)

Ora, se é possível que uma estatal, componente da Administração Indireta, edite regulamento próprio de compras à luz dos princípios constitucionais, inclinando-se em busca da agilidade e da flexibilidade que presidem as aquisições em regime de direito privado, não parece haver motivo para que tal procedimento seja vedada no que pertinente às Organizações Sociais, que sequer integram o conceito constitucional de Administração Pública.

As razões expostas até aqui tornam mais simples a resolução das

ADI 1923 / DF

questões ainda pendentes. Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.

Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição. A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, § 3º, da Lei. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, *caput*, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.

ADI 1923 / DF

E não há qualquer inconstitucionalidade nos §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98. Da interpretação conjugada de tais dispositivos extrai-se ser possível, em primeiro lugar, que a Organização Social pague, com recursos próprios, vantagens pecuniárias a servidores públicos que lhe forem cedidos; caso se trate, porém, de recursos advindos do contrato de gestão, tal pagamento apenas será válido “na hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” (§2º do art. 14). Em qualquer dos casos, porém, como visto, acima, “não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social”.

Tais disposições não ofendem a Constituição porquanto os arts. 37, X, e 169, em seu §1º, apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos feitos aos servidores públicos por entidades da *Administração Pública Direta e Indireta*, pois é isso que se extrai do caput do art. 37 (CF, 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: (...)*) e do próprio corpo do §1º do art. 169 (CF, Art. 169. § 1º *A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (...)*).

Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira *autarquiaização* das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de

ADI 1923 / DF

flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.

Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo “*privativo*”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos art. 2º, I, f, art. 4º, IX e X, art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9º e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

Por fim, a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CF. Se não for do interesse de associações e fundações receber os benefícios decorrentes do contrato de gestão, não há qualquer obrigatoriedade de submissão às exigências formais da lei. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar. Nesse sentido é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em texto escrito sobre o regime da Medida Provisória nº 1.501/97, posteriormente convertida na Lei nº

ADI 1923 / DF

9.637/98, impugnada nesta ADI²³.

Ex positis, voto no sentido de *julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, 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;

23 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 246: “Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos, se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º, da MP)”.

ADI 1923 / DF

(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.

É como voto.

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência permite?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Claro, evidente. Estou querendo abreviar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu não dispenso os controles externos, seja por parte do Ministério Público, seja por parte do Tribunal de Contas da União. E disse que a qualificação de uma empresa privada, ou de uma instituição privada sem fins lucrativos, como organização social há de passar por um processo seletivo, competitivo, se houver mais de um interessado, para formar uma espécie de cadastro de pessoas jurídicas interessadas em atuar emparceiradamente com o Estado. E quando da celebração do chamado "contrato de gestão", que, no fundo, é um convênio, também o Estado é obrigado a estabelecer um procedimento competitivo, embora não correspondente, classicamente, ao conceito de licitação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, se Vossa Excelência me permite, Ministro Ayres, com o seu relato, Vossa Excelência me autoriza a suprimir a leitura dos tópicos que destacou. Passo a trazer a minha contribuição pessoal para a solução desta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

19/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite, na linha do seu pensamento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Claro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - A Constituição, quando cuida das empresas estatais, não as exploradoras de serviço público, mas...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Prestadoras de serviços públicos, *strictu sensu*?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não às prestadoras de serviços públicos, mas às exploradoras de atividade econômica. A Constituição fala explicitamente em licitação, mas se referindo aos princípios; quer dizer, não é uma licitação ortodoxa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exato.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É uma licitação com peculiaridades, porque, se não houver licitação, os republicanos princípios do artigo 37 serão todos inobservados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, mas de qualquer maneira, é possível essa aconselhação, conforme, **data maxima venia**, vou tentar sugerir no final do voto.

15/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO - VISTA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista formalizaram ação direta de inconstitucionalidade contra a integralidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 – denominada “Lei das Organizações Sociais” –, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Segundo argumentam, o conjunto de normas foi instituído com o propósito de esvaziar a prestação dos serviços públicos sociais pelo Estado, transferindo-os para a iniciativa privada, alcançando, inclusive, bens, servidores e recursos que lhes são inerentes, em desatenção aos artigos 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 207, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225 da Lei Maior. Dizem da violação ao princípio da impessoalidade, em razão da discricionariedade presente na qualificação das organizações sociais, e da interferência indevida do Estado nas associações privadas, porquanto prevista, no artigo 3º da Lei nº 9.637/98, a participação do poder público no Conselho de Administração das referidas organizações, tudo em desacordo com a cabeça do artigo 37 e os incisos XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Mencionam o descumprimento do dever de licitação, conforme disposto nos artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e 175 da Carta da República, tanto porque as organizações sociais não foram compelidas à observância da Lei nº 8.666/93 – artigos 4º, inciso VIII, e 7º da Lei nº 9.637/98 – nas contratações que efetuarem, mesmo sendo destinatárias de verbas públicas, como também porquanto a lei deixou à livre vontade do administrador a celebração dos contratos de gestão. Pelo mesmo motivo, sustentam a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, ao

ADI 1923 / DF

prever a dispensa de licitação para a contratação das organizações sociais, e a violação ao artigo 175 da Constituição, ante a delegação de serviço público sem a licitação prévia.

Arguem a inobservância do princípio da legalidade, pois a legislação impugnada teria permitido ao Conselho de Administração da organização social fixar a remuneração dos membros da diretoria, além de definir a estrutura de cargos, salários e benefícios dos empregados, o que esbarraria nos artigos 37, inciso X, e 169 da Lei Maior. Apontam olvidada a regra do concurso público para a admissão de pessoal nas organizações, presente o inciso II do artigo 37 da Carta de 1988.

Alegam, ainda, o descumprimento de direitos previdenciários dos servidores públicos, em especial os concernentes à integralidade e à paridade, pois a norma atacada prevê a impossibilidade de incorporação à remuneração de qualquer vantagem paga pela entidade privada. Aludem à pretensão de furtar-se aos controles externos, em especial do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, consideradas as redações dos artigos 4º e 10 da Lei nº 9.637/98, as quais teriam violado os artigos 70, 71, 74 e 129 da Carta Federal.

Na assentada de 24 de junho de 1999, o Supremo iniciou o julgamento da medida cautelar na ação direta, concluído em 1º de agosto de 2007, quando o Tribunal decidiu indeferir o pedido, contrariamente ao meu voto. A razão fundamental para a negativa foi a ausência do “perigo na demora”, haja vista o transcurso de quase dez anos de vigência da legislação impugnada.

O relator admitiu o ingresso de terceiros que apresentaram razões contrárias e favoráveis ao modelo de parceria entre os setores público e privado estabelecido pela Lei nº 9.637/98. O Advogado-Geral da União e o Presidente da República defenderam a constitucionalidade da lei. O Procurador-Geral da República concluiu no sentido da declaração de procedência parcial dos pedidos, para proclamar-se a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, presente no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98, e da dispensa de licitação prevista

ADI 1923 / DF

no inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Preconizou, ainda, a declaração do cabimento, sem restrições, do controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

O ministro Carlos Ayres Britto, relator, trouxe o processo a julgamento na sessão plenária de 7 de abril de 2010. Inicialmente, discorreu a respeito da diferença entre o serviço público, as atividades econômicas em sentido estrito e aquelas prestadas em regime híbrido, caso dos serviços públicos ditos sociais.

Afirmou que, na compreensão constitucional, as atividades de titularidade mista possuem natureza pública, se implementadas pelo Estado ou em parceria com a iniciativa privada. No tocante à prestação exclusiva pelo setor privado, explicitou ser autorizado o desempenho das atividades-deveres do Estado não exclusivamente públicas, definidas como serviços de relevância pública. Assim, mediante a observância de certos requisitos, e em atuação complementar à do Poder Público, seria lícita a destinação de recursos públicos aos particulares, em razão da natureza da atividade prestada. Como exemplos, citou as de seguridade social, saúde, educação, previdência privada, cultura, desenvolvimento científico, entre outras.

Na sequência, passou à análise da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98. Quanto ao fato de organizações sociais absorverem as atividades desenvolvidas por órgãos públicos, entendeu tratar-se de manifesta privatização, em que o setor privado estaria substituindo o Poder Público na prestação de serviços que são típicos da Administração. Dessa forma, o Estado atuaria como mero agente indutor, fiscalizador e regulador dos serviços públicos, o que é próprio da atividade econômica. Consignou, então, a inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98.

Propôs a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, não se exigindo a desconstituição dos contratos firmados até a data do julgamento da ação direta, devido ao longo tempo transcorrido desde o indeferimento da medida acauteladora, o que culminou na qualificação de inúmeras entidades como organizações sociais, as quais já substituíram os órgãos públicos na

ADI 1923 / DF

prestação das atividades por eles antes exercidas.

Assentou a constitucionalidade do mecanismo de parceria entre Estado e particulares. Destacou que os serviços citados no rol do artigo 1º da Lei nº 9.637/98 caracterizam-se como “não exclusivos do Estado”. Dessa forma, ressaltou ser o contrato de gestão uma espécie de convênio, ante a coincidência de interesses entre as partes que o celebram. Em virtude da natureza convenial do ato, seria prescindível a realização de processo licitatório para a celebração, não ocorrendo violação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Salientou que a dispensa de licitar não isenta o Estado do dever de demonstrar, por meio de processo administrativo público e objetivo, a relevância da atuação da iniciativa privada. Afirmou, ainda, a necessidade de amplo e pleno controle, interno e externo, ao longo da execução dos contratos de gestão.

Assim, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, constante do inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.637/98.

No tocante aos artigos 5º, 6º e 7º da referida Lei, asseverou ser preciso emprestar interpretação conforme aos princípios constitucionais que regem o direito administrativo. Assim, disse da necessidade de dar publicidade ao processo de deliberação acerca da qualificação das entidades como organizações sociais, pois os requisitos são formais, não sendo decisão totalmente discricionária da Administração Pública.

Apontou a constitucionalidade dos incisos V, VII e VIII do artigo 4º e do inciso II do artigo 7º da Lei nº 9.637/98, tendo em vista o fato de as organizações sociais não integrarem a Administração Pública, não se aplicando aos respectivos dirigentes e empregados o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, não havendo de se falar na realização de concurso público.

Discorreu acerca da ofensa ao inciso X do mencionado artigo e ao § 1º do artigo 169, ambos da Carta da República, considerada a possibilidade de os servidores públicos cedidos, na forma do artigo 14 da aludida Lei, receberem vantagem pecuniária paga pela entidade privada,

ADI 1923 / DF

sem autorização em lei específica.

Após o voto do ministro Ayres Britto, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro Luiz Fux. Houve a retomada em 19 de maio de 2011, quando Sua Excelência proferiu voto, assentando parcialmente procedente o pleito formulado.

Inicialmente, fez ver a necessidade de averiguar o que é constitucionalmente imposto de forma invariável e o que é suscetível de escolha pela maioria política no que tange à intervenção do Estado nos domínios sociais. Aduziu que a Carta da República permite interpretação, fundada no pluralismo político, ensejando a prática de projetos políticos diferentes.

Destacou serem os setores de cultura, desporto, lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente atividades-deveres do Estado e também da sociedade. Citou os dispositivos constitucionais em que é facultada a livre iniciativa, inclusive pelo setor privado, nos serviços de saúde e educação. Disse que tais setores são os chamados “serviços públicos sociais”, de natureza não exclusiva e não privativos, em que a titularidade pode ser compartilhada pelo Poder Público e pela iniciativa privada.

Conforme consignou, se as atividades públicas sociais são exercidas pelo Poder Público, inquestionavelmente possuem natureza de serviços públicos. Mencionou os diferentes entendimentos acerca da natureza dessas atividades, caso sejam prestadas diretamente por particulares. Relembrou que o Supremo já se pronunciou acerca do tema no julgamento da Ação Direta nº 1.266/BA, quando assentou a configuração de serviço público, mas concluiu pela inaplicabilidade do artigo 175 da Constituição, a prever a delegação dos serviços públicos exclusivos, a qual deve ser precedida de licitação.

Afirmou, então, o descabimento da exigência de licitação quanto aos chamados serviços públicos não privativos objeto das parcerias firmadas com as organizações sociais. Sustentou que tais entidades atuam por direito próprio, em decorrência da possibilidade de particular exercer a titularidade por livre iniciativa.

Ressaltou ter a Lei nº 9.637/98 estabelecido um modo de fomento à

ADI 1923 / DF

prestação dos serviços não exclusivos, mediante “colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”. Tal possibilidade não revelaria a fuga do Poder Público ao cumprimento dos deveres previstos na Constituição, tendo em vista a viabilidade de escolha, a cargo dos governantes, no exercício da democracia, da modalidade de intervenção no domínio econômico e social, direta ou indireta, com a finalidade única de satisfação do interesse público.

Assim, a opção manifestada pelos agentes eleitos no caso das organizações sociais foi a de efetuar a intervenção mediante a regulação e o uso de incentivos e estímulos, consolidando a colaboração público-privada.

No tocante ao comando contido no artigo 21 da referida Lei, no que extinguiu o Laboratório Nacional Luz Síncroton e a Fundação Roquette Pinto, determinando a transferência da execução, por meio de contrato de gestão, às entidades privadas devidamente qualificadas como organizações sociais, enfatizou que o diploma atacado não exige nem impõe um modelo em que o Estado deixe o campo das atividades nele versadas. Declarou a constitucionalidade dos artigos 18 a 21 da Lei, por tratar-se de ato gerencial e passível de decisão pelos mandatários eleitos, que possuem, após a edição da norma, a opção da intervenção indireta, fomentando as atividades propostas.

Quanto à violação ao dever constitucional de licitar, disse da desnecessidade de realização do certame, afastando a incidência do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, ante a natureza convencional do contrato de gestão. Consignou que, apesar de o processo licitatório mostrar-se prescindível, seria preciso celebrar tais contratos mediante procedimento público, impessoal e com observância dos critérios objetivos, haja vista a pertinência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência relativamente à definição do regime jurídico alusivo às entidades do Terceiro Setor.

Afirmou que as contratações das organizações sociais com terceiros não estão sujeitas ao dever de licitar, porquanto não fazem parte da Administração Pública indireta e possuem natureza jurídica de direito

ADI 1923 / DF

privado. Assentou, então, a constitucionalidade do artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 9.637/98, a prever a possibilidade de edição de regulamento próprio de compras, à luz dos princípios constitucionais. Citou como precedente a Ação Cautelar nº 1.193, na qual a Segunda Turma do Supremo proclamou que a Petrobras, integrante da Administração Indireta, poderia realizar procedimento licitatório nos moldes simplificados.

Quanto à remuneração dos empregados das organizações sociais, fez ver que, por não se tratar de servidores públicos, há de obedecer aos ditames do contrato de trabalho firmado. Relativamente à contratação de pessoal, ressaltou a necessidade de processo seletivo com observância dos princípios da impessoalidade e da objetividade, mas não de concurso público.

Em sintonia com os objetivos da eficiência e da flexibilização introduzidos pelo modelo das organizações sociais, reputou constitucional os parágrafos do artigo 14 da referida Lei, tendo em vista a dispensabilidade de autorização legislativa para o pagamento de verbas, mesmo para os servidores cedidos.

Consoante aduziu, o âmbito de atribuições do Tribunal de Contas está delimitado nos artigos 70, 71 e 72 da Constituição, não sendo a competência afastada pelo termo “privativo”, estampado no artigo 4º da Lei nº 9.637/98, referente apenas à estrutura interna das organizações sociais.

Na mesma esteira do controle pelo Tribunal de Contas, asseverou inexistir impedimento para a atuação do Ministério Público, inclusive de ofício, na apuração de irregularidades.

Por fim, enfatizou que a intervenção nas associações não ofende o artigo 5º, incisos XVII e XVIII, da Carta da República, porque não consubstancia medida obrigatória, podendo a associação ou fundação recusar o recebimento de benefícios decorrentes do contrato de gestão.

Início meu voto com a análise da questão preliminar concernente ao cabimento da ação direta.

O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático

ADI 1923 / DF

Trabalhista – PDT pretendem ver declarada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação conferida pela Lei nº 9.648/98.

Uma das normas atacadas é o artigo 21 da Lei nº 9.637/98. A cabeça do preceito prevê a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e da Fundação Roquette Pinto, entidade que era vinculada à Presidência da República. Os parágrafos 1º a 4º do mencionado artigo disciplinam a extinção daquelas estruturas e a absorção das atividades por elas desempenhadas pelas pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais.

Inegavelmente, está-se diante de ato de efeitos concretos, sendo pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança. (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção 'Habeas-Data'*, 13ª Edição, p. 18, Ed. Revista dos Tribunais).

Como fiz ver no voto que proferi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.034/TO, da qual fui relator, “não se pode

ADI 1923 / DF

generalizar as hipóteses de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. A valia do instrumento, no que próprio ao campo abstrato, depende do rigor com que lhe define a pertinência”.

Então, constando, no artigo 21 e parágrafos, comandos concretos e imediatos relacionados à extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto, é de constatar, nessa parte da lei, a existência não de ato normativo, de natureza abstrata, passível de ser impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade, mas de ato concreto com que se objetivou reestruturar o aparelho estatal, de sorte a delegar atividades estatais específicas à iniciativa privada. Tenho como imprópria a ação direta nesse ponto.

No tocante aos demais dispositivos impugnados, não vejo óbices à via eleita, razão pela qual admito, parcialmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Passo ao mérito.

No parecer do Procurador-Geral da República e no voto-vista do ministro Luiz Fux, consigna-se o respeito ao espaço legítimo de conformação da atividade administrativa, a ser preenchido pelo legislador democrático. Segundo essa óptica, o modelo das organizações sociais é apenas mais um entre o leque de possibilidades de atuação da Administração Pública na prestação dos serviços públicos ditos sociais. Assim, entendimento contrário à constitucionalidade do “Programa Nacional de Publicização” resultaria na ossificação das formas de atuação do Estado e, mais do que isso, na projeção de certa ideologia concernente ao funcionamento da Administração Pública, pertencente ao intérprete, para o Texto Constitucional.

No Estado de Direito, o princípio democrático não é o único merecedor de deferência. Fosse assim, a Constituição seria despidianda. As regras básicas de funcionamento do Estado de Direito, das quais resultam limitações à atividade legislativa, estão estampadas, precisamente, no corpo da Lei Maior. O princípio majoritário leva, por vezes, à edição de leis desarmônicas com o próprio Direito, e a quantidade de pronunciamentos do Supremo que implicaram declaração

ADI 1923 / DF

de inconstitucionalidade, desde a promulgação da Carta de 1988, revela essa circunstância. Desse modo, o Tribunal tem a tarefa – nada singela, diga-se – de acomodar as decisões da maioria, cristalizadas na legislação oriunda do Congresso Nacional, e os princípios e regras constantes na Constituição Federal.

O Brasil adotou a República como forma de Estado (artigo 1º). O princípio republicano opõe-se ao monárquico, segundo o qual a coisa pública está à disposição do soberano, a quem cumpre definir como deve ser gerida. Daí por que a distribuição de terras, dinheiro e sinecuras ocorre ao sabor da vontade do titular do poder. Esses elementos, contudo, ficam afastados no Estado republicano, no qual as regras de acesso aos bens e cargos públicos obedecem a critérios de racionalidade, isonomia, impessoalidade e publicidade. Consoante o ministro Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Embora compreendidos nesses aspectos de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: (...) a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo – cargos, empregos ou funções – e não pelos critérios da designação, da hierarquia e da vitaliciedade, típico dos regimes monárquicos (*Curso de direito constitucional*, 2007, p. 138).

O princípio republicano impede que se abra a oportunidade de o administrador fazer escolhas arbitrárias ou caprichosas. Não se nega – o que seria absurdo – que o administrador público exerce relevante função interpretativa. Incumbe-lhe perquirir o melhor interesse público presente a realidade concreta e dinâmica. Há, porém, limites a essa liberdade.

A margem de conformação do gestor da coisa pública tem fronteiras determinadas pelo Texto Constitucional e pela lei. O legislador, ao fixar as balizas para a atuação do administrador, deve respeitar o quadro normativo-constitucional. O Parlamento, a pretexto de regulamentar a

ADI 1923 / DF

atividade administrativa, não pode alterar o modelo de Estado previsto na Carta da República.

A Constituição Federal é rica em disposições que definem o formato do Estado brasileiro e estabelecem princípios e regras a serem observados pelo Poder Público. O gestor de recursos estatais – receitas orçamentárias, servidores, bens públicos – deve assegurar a efetividade dos princípios reitores da administração da coisa pública, como a moralidade, a impessoalidade e a publicidade.

Em áreas que o constituinte reputou de maior relevância para a sociedade brasileira, impôs-se ao Estado, expressamente, o dever de atuar. Nesses casos, não existe, no arcabouço constitucional, margem para escolhas discricionárias do legislador, tampouco do administrador público.

O artigo 196 do Diploma de 1988 preconiza que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. O artigo 199, muito embora mencione que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, explicita, no § 1º, que a participação das instituições privadas se dá apenas de forma complementar ao sistema único de saúde.

O artigo 205 da Carta igualmente consigna que a educação é “dever do Estado”, comando repetido no artigo 208. O artigo 211, § 1º, incumbe textualmente a União de financiar as “instituições de ensino públicas federais”. A cabeça do artigo 213, conquanto admita a possibilidade de utilização de recursos públicos em escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, prevê a obrigação de o Estado destinar recursos orçamentários a escolas públicas.

De acordo com o artigo 215 da Lei Maior, o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, sem prejuízo de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. O § 1º do artigo 216, apesar de versar a participação da comunidade como colaboradora, confere ao Estado o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. O § 2º do artigo 216, nessa mesma esteira, dispõe que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as

ADI 1923 / DF

providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

O artigo 218 da Constituição Federal, de igual modo, estatui que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

A cabeça do artigo 225 da Carta confere ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O § 1º do citado dispositivo traz uma série de obrigações para o Estado, entre elas, as de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e proteger a fauna e a flora. Por mais que se reconheça a importância de atuação conjunta do Poder Público e da sociedade na defesa e preservação do meio ambiente, fato é que, diante de todos esses preceitos constitucionais, não há como se admitir a transferência integral da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado papel de mera indução e coordenação.

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte.

A extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada – característica central do chamado “*Programa Nacional de Publicização*”, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.637/98¹ –,

1 Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais,

ADI 1923 / DF

configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988.

O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado.

No voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864/PR, redator do acórdão o ministro Joaquim Barbosa – cujo objeto era uma lei do Estado do Paraná que instituía o “Paranaeducação”, pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, com a finalidade de auxiliar a Administração na gestão do sistema estadual de educação, mediante o gerenciamento e a aplicação de recursos orçamentários –, ao julgar procedentes os pedidos, consignei que “o Estado existe e deve continuar a existir. Não pode haver, pela vontade dos representantes do povo (...), o deslocamento versado na lei em exame quando se trata de atividade precípua”.

Na linha do que tenho sustentado sobre a inconstitucionalidade das tentativas do Estado de privatizar serviços que devem ser prestados diretamente pela Administração, são as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão*. Logo, como sua prestação se constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los’ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita dos encargos que a Constituição lhe irrogou. (*Curso de direito administrativo*, 28ª edição, 2010, p. 241).

qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: (...).

ADI 1923 / DF

Com todas as vênias ao ministro Luiz Fux, muito embora se reconheça a existência de uma margem de conformação para o legislador e para o administrador, as rigorosas balizas definidas pela Lei das Leis impedem a Administração de desobrigar-se da execução direta dos serviços públicos socialmente relevantes.

Portanto, voto no sentido de declarar inconstitucionais os artigos 1º, 5º, 6º, cabeça e parágrafo único, 20 e 22 da Lei nº 9.637/98.

Prossigo em relação aos demais dispositivos impugnados.

Ressalta a professora Maria Sylvia Zannela Di Pietro que a mencionada Lei, além de promover verdadeira privatização de serviços públicos essenciais, não deixa dúvidas acerca da “intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública” (*Direito administrativo*, 27ª edição, 2014, p. 582), a caracterizar grave fraude ao Texto Maior.

No modelo constitucional brasileiro de Estado, os contratos firmados pela Administração Pública, em regra, são precedidos de licitação (artigo 37, inciso XXI). O gestor da coisa pública está sujeito à constante fiscalização dos órgãos de controle, entre os quais se destacam os Tribunais de Contas (artigo 70 a 75) e o Ministério Público (artigos 127 e 129). Os agentes públicos ficam vinculados a um regime jurídico rígido, que regulamenta não só o ingresso na função pública (artigo 37, incisos I a III), como também vencimentos (artigo 37, incisos X a XVII) e aposentadoria (artigos 40 e 41).

Em matéria de contratação pública, o constituinte originário adotou critério único a ser seguido pela Administração Pública. Esse parâmetro encontra-se expresso no inciso XXI do artigo 37 – repetido no artigo 175:

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

ADI 1923 / DF

obras, 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.

A discussão central gira em torno da ressalva contida no início do inciso XXI do artigo 37 da Carta de 1988.

As leis federais impugnadas autorizam a privatização da gestão de serviços de realce social, o que, de acordo com a Lei nº 9.637/98, permitiria ao administrador público, sem licitação prévia, destinar recursos orçamentários, bens e servidores públicos às entidades qualificadas como organizações sociais.

Segundo o dispositivo constitucional, a licitação é obrigatória nas contratações realizadas pelo ente público, excetuados os casos previstos em lei. Pergunto: tem o legislador ampla disponibilidade para instituir casos de dispensa de licitação? A resposta é desenganadamente negativa. Isso porque não seria necessário sequer um dispositivo constitucional para impor a existência de um processo de seleção pública norteado pelos princípios da igualdade e da eficiência. Ele seria exigência direta e imediata do princípio republicano.

Indago: o que é o princípio republicano? É a ideia geral de que, na República, a coisa pública é inapropriável pelo particular. Pertence à coletividade, e não aos agentes públicos e privados rotulados como colaboradores.

Desse modo, as exceções à obrigatoriedade da licitação que venham a ser concebidas pelo legislador só terão legitimidade se houver razões relevantes que as justifiquem.

Na espécie, o caso de dispensa de licitação para celebração de ajustes com organizações sociais afronta o Texto Constitucional de tal forma que se revela inviável a preservação do preceito, mesmo pela técnica da interpretação conforme à Constituição.

ADI 1923 / DF

O modelo de parcerias entre Poder Público e organizações sociais foi criado com o notório propósito de permitir que a Administração atue sem a observância das rigorosas regras do regime jurídico público, em especial das normas de licitação. Não existe razão jurídica para a dispensa do certame licitatório que não seja a flexibilização do regime jurídico público.

Notem a sistemática instituída pelas normas atacadas. A Lei nº 9.637/98 autoriza, de um lado, (1) a absorção das atividades a cargo do Poder Público pela organização social e (2) a transferência de recursos orçamentários, bens e servidores públicos às referidas entidades. De outro, exige, para a qualificação da pessoa jurídica como organização social, que o Conselho de Administração tenha, na composição, membros natos representantes do Poder Público.

Somem-se a esses aspectos outros dois: 1º) a qualificação criada pela Lei nº 9.637/98 é conferida de maneira absolutamente discricionária pela Administração Pública, sem qualquer exigência de qualificação técnica ou econômica (artigo 2º, inciso II); e 2º) à luz dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10 da Lei nº 9.637/98, a fiscalização da entidade é atribuição “privativa” do Conselho de Administração, restando a atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público condicionada à representação do que a lei chama de “responsáveis pela fiscalização”.

No mundo dos fatos, portanto, a legislação impugnada autoriza que uma entidade, com rótulo de pessoa jurídica privada – selecionada discricionariamente pelo gestor público –, mas com patrimônio público, servidores públicos, receitas públicas e dirigentes integrantes do Poder Público, exerça as próprias atividades sem respeitar as regras do regime jurídico público. E mais: livre do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Salienta a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que

ADI 1923 / DF

antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém, sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública. (Direito administrativo, 27^a edição, 2014, p. 582).

Em resumo, o que fazem as leis atacadas? Permitem ao gestor público transformar um órgão ou pessoa jurídica pública em uma entidade de direito privado, livre das amarras inerentes ao regime jurídico público.

Estou convencido de que as normas das Leis nº 9.637/98 e 9.648/98 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a observância do regime jurídico público aplicável à Administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme.

Sob essa óptica, é evidente a ausência de razões legítimas que justifiquem a hipótese de dispensa de licitação criada pelo legislador. A transferência de recursos, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a realização do processo de licitação e em desrespeito às demais regras do regime jurídico público contraria a essência do princípio republicano e dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Acerca do tema, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Não se imagine que 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

ADI 1923 / DF

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, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber os bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação. (*Curso de direito administrativo*, 28ª edição, 2010, p. 240-241).

A problemática repete a que apontei no tocante à legislação do Estado do Paraná, que instituiu o “Paranaeducação”. Quando proferi voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864/PR, de minha relatoria, consignei:

A destinação de recursos orçamentários será gerida por essa pessoa jurídica de direito privado quanto, repito, a serviço público essencial, que gera um direito público subjetivo. Haverá a gerência desses recursos sem as cautelas próprias geralmente observadas quando se faz em jogo a coisa pública. Surge, por exemplo, que essa empresa, relativamente às contratações, não está submetida – muito embora lide com dinheiro público – à Lei de Licitações. A lei prevê expressamente que o poder público – conforme já ressaltei – destinará dotações orçamentárias a essa pessoa jurídica de direito privado, permitindo-se à diretoria executiva estabelecer os critérios de compra, em licitação simplificada que não está definida.

Qual seria o objetivo? Vislumbro-o oculto, implícito – driblar as exigências normativas próprias à atuação da administração pública.

Portanto, não há nesse caso solução que não a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, que alterou o artigo 24 da Lei nº 8.666/93, e dos artigos 12, § 3º, e 17 da Lei nº 9.637/98, haja vista a autorização às organizações sociais para contratar, com recursos

ADI 1923 / DF

públicos, sem a observância das normas que regem a contratação pública. Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, assento a inconstitucionalidade da expressão “procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações”, por entender que, nessa matéria, a entidade deve se submeter ao regime jurídico público.

Os efeitos deletérios da utilização das organizações sociais para fugir ao regime jurídico atinente à Administração Pública não se limitam, contudo, a licitação e contratos.

Surge o mesmo problema relativamente à gestão dos recursos orçamentários, do patrimônio público e dos servidores cedidos, à contratação de empregados sem a observância da regra do concurso público e ao controle ao qual está submetida a entidade. A Administração Pública, ao gerir recursos orçamentários, deve respeitar as normas sobre direito financeiro (artigos 165 a 169 da Carta Federal). A legislação infraconstitucional, notadamente a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e a Lei nº 4.320/64, também há de ser seguida à risca pelo ordenador de despesas públicas.

De acordo com o artigo 167, inciso II, da Constituição, por exemplo, é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Em matéria de despesas com pessoal especificamente, a Carta da República é ainda mais rigorosa. Segundo o artigo 169, § 1º:

Art. 169 [...]

§ 1º – a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para

ADI 1923 / DF

atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

e II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As organizações sociais, no entanto, não estão submetidas a esses controles orçamentários.

O artigo 37, inciso X, dispõe que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. O inciso XI desse mesmo dispositivo versa, ainda, o teto para todo o funcionalismo público.

A cessão de servidor autorizada pela Lei nº 9.637/98 abre brecha para que todas essas disposições constitucionais sejam burladas de uma só vez. O artigo 4º, incisos V, VII e VIII, o artigo 7º, inciso II, e o § 1º do artigo 14 permitem que o servidor público venha a perceber vantagens remuneratórias da organização social sem previsão legal, com base apenas em deliberação do Conselho da Administração e ao que está definido no chamado contrato de gestão. O § 2º do artigo 14 contém regra que autoriza o pagamento de vantagem pecuniária permanente a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão nos casos de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria, sem que haja lei revelando as balizas desse acréscimo aos vencimentos do servidor. Não há, na legislação atacada, qualquer referência à observância do teto remuneratório constitucional, que poderia ser ultrapassado se considerado que as organizações sociais são rotuladas como instituições privadas.

No mundo real, servidores públicos escolhidos pelo gestor continuarão a desempenhar as mesmas funções que já realizavam anteriormente, quando compunham os quadros da Administração Pública, só que agora com remuneração potencialmente superior,

ADI 1923 / DF

inclusive com a possibilidade de ultrapassar o teto constitucional.

Não é só isso. Conforme registra o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares” (*Curso de direito administrativo*, 2010, 28ª edição, p. 242).

Ao ingressar no serviço público, o servidor estabelece relação jurídica com uma determinada pessoa jurídica, cujas características principais são a pessoalidade e a sujeição às regras de direito público. Ele ocupa um cargo público, que depende de criação por lei e é orientado à realização de uma função pública. Não tem sentido ocupar cargo público e prestar serviço em ambiente desligado da Administração Pública, ainda que pudesse exercer tarefa de relevante interesse social.

Outro ponto suscitado na petição inicial da ação direta concerne à violação ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ante a possibilidade de organizações sociais promoverem contratação de pessoal sem a realização de concurso público.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 789.874/DF, da relatoria do ministro Teori Zavascki, sob a sistemática da repercussão geral – a versar questão da aplicabilidade da regra do concurso público aos serviços sociais autônomos, integrantes do chamado Sistema “S” –, manifestei-me no sentido de que a norma do artigo 37, inciso II, da Carta da República não alcança os serviços sociais, por não integrarem a Administração direta, tampouco a indireta.

No caso das organizações sociais, contudo, esse raciocínio não se mostra pertinente. O modelo de parcerias da Lei nº 9.637/98, como demonstrei anteriormente, foi concebido com o notório propósito de burlar o regime jurídico público. As entidades qualificadas possuem apenas formalmente natureza de direito privado, já que gerenciam recursos orçamentários, bens e servidores públicos e prestam serviços que deveriam ser implementados diretamente pelo Estado.

A toda evidência, admitir que as organizações sociais fiquem dispensadas de observar a regra do concurso público nas contratações de pessoal implica chancelar o dribble às balizas constitucionais próprias à

ADI 1923 / DF

atuação da Administração Pública.

A par desse aspecto, a gestão de recursos, servidores e bens públicos pela Administração direta e indireta está sujeita a rigoroso controle do Ministério Público e do Parlamento, auxiliado pelo Tribunal de Contas.

O artigo 70 da Lei Maior preconiza que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

O artigo 71 define as competências do Tribunal de Contas da União, no auxílio prestado ao Congresso Nacional no exercício do controle externo da Administração Pública, entre as quais se destacam: a de “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” e a de “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

No tocante ao Ministério Público, o artigo 129 da Constituição estabelece como função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ao passo que a cabeça do artigo 127 prevê incumbir-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ao arrepio desses dispositivos constitucionais, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 revela ser competência privativa do Conselho de Administração “fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da

ADI 1923 / DF

entidade, com o auxílio de auditoria externa”.

O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério Público à representação dos “responsáveis pela fiscalização” nos casos em que “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público” e houver “indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública”.

A mesma limitação ocorre, no artigo 9º da Lei 9.637/98, em relação ao Tribunal de Contas, o que contraria o disposto nos artigos 70 e 71 da Carta Federal. Não pode a legislação infraconstitucional condicionar a atuação do órgão de controle a que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão” deem ciência da “irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública”.

A situação criada pelo legislador federal viabiliza, em última análise, que pessoas jurídicas privadas – qualificadas como “organizações sociais” – (1) realizem despesas com recursos públicos sem obedecer às normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a execução orçamentária; (2) disponham de agentes estatais, sem observância do regime jurídico dos servidores públicos; (3) façam contratações à margem da regra do concurso público e (4) administrem bens e verbas públicas livres do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, olvidando as normas constitucionais que regem a matéria e resultando em afronta direta ao princípio republicano.

Dessa forma, acolho a pretensão veiculada pelos autores para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º, incisos V, VII; 7º, inciso II; e 11 a 15 da Lei nº 9.637/98. Em relação aos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, julgo procedente o pedido para proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos, sem redução de texto, de sorte a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas na Lei nº 9.637/98.

Quanto ao artigo 4º, inciso VIII, declaro a inconstitucionalidade da

ADI 1923 / DF

expressão “e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade”, por entender que os funcionários da entidade qualificada como organização social estão submetidos ao regime jurídico público.

Percebam que, ao analisar a problemática da violação à regra da obrigatoriedade de licitação, já reconheci a inconstitucionalidade de parte desse mesmo inciso VIII do artigo 4º – especificamente da cláusula “procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações” –, de modo que, reunidos os dois vícios apontados, é forçoso concluir pela inconstitucionalidade integral do inciso VIII do artigo 4º da Lei nº 9.637/98.

Passo a apreciar a impugnação ao artigo 2º, inciso II, da mesma lei, segundo o qual a qualificação de uma entidade como organização social depende da “aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”.

O campo próprio para a discricionariedade administrativa encontra amparo em duas justificativas jurídicas. A primeira delas respalda-se num domínio inerente à atividade política. A segunda, na impossibilidade de o legislador abarcar todos os casos no mundo real, muito mais complexo do que qualquer exercício de imaginação é capaz de alcançar. Alfim, pressupõe-se que o administrador esteja mais apto a determinar qual é o melhor interesse público, considerado o caso concreto, a realidade objetiva dos fatos, e não simples conjecturas que, por antecipação, poderia fazer o legislador.

Na situação em exame, porém, o que fez o legislador? Emprestou ao administrador público verdadeiro cheque em branco para qualificar entidades privadas como organização social. À exceção dos requisitos estritamente formais listados no inciso I do artigo 2º, a Lei nº 9.637/98 não fixou parâmetro material algum para o gestor público qualificar pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, como organização social.

Tamanha margem de discricionariedade, sem balizas objetivas

ADI 1923 / DF

mínimas, abre espaço para decisões arbitrárias do administrador, a caracterizar ofensa direta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade administrativa.

Assim, no tocante ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98, acolho o pleito inicial, para declará-lo inconstitucional.

Relativamente aos demais dispositivos, considero que a anulação das normas às quais me referi é suficiente para tornar ineficazes os outros preceitos impugnados na ação direta.

De todo modo, rejeito a alegação dos requerentes de que a Lei nº 9.637/98 violou a garantia constitucional da liberdade de associação (artigo 5º, incisos XVII e XVIII). Isso porque, como salientou o ministro Luiz Fux, no voto proferido neste julgamento, a participação de agentes estatais em órgãos da entidade privada não é uma imposição legal, mas um requisito criado para as pessoas jurídicas de direito privado que tiverem interesse em se qualificar como organização social junto à Administração Pública.

Em conclusão, consigno que não admito a ação direta no tocante à impugnação ao artigo 21, cabeça e parágrafos, da citada Lei nº 9.637/98². Quanto aos demais dispositivos atacados, admito-a e, no mérito, voto

2 Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

ADI 1923 / DF

pela procedência parcial do pedido, para declarar:

(i) a inconstitucionalidade dos artigos 1^o³; 2^o, inciso II⁴; 4^o, incisos V, VII, VIII⁵; 5^o⁶; 6^o, cabeça e parágrafo único⁷; 7^o, inciso II⁸; 11 a 15⁹; 17¹⁰; 20¹¹ e 22¹² da Lei n^o 9.637/98;

(ii) a inconstitucionalidade do artigo 1^o da Lei n^o 9.648/98¹³, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei n^o 8.666/93;

3 Art. 1^o 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.

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

(...)

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

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

(...);

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

(...);

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

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

6 Art. 5^o 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. 1^o.

7 Art. 6^o O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações

ADI 1923 / DF

(iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X¹⁴, 9º¹⁵ e 10, cabeça¹⁶, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo – em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas – estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma.

do Poder Público e da organização social.

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

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

(...);

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

9 Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

ADI 1923 / DF

Alfim, reitero o entendimento de que a invalidação das normas às quais me referi conduz à eficácia dos outros preceitos impugnados na ação direta.

É como voto.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

10 Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

11 Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

ADI 1923 / DF

III - controle social das ações de forma transparente.

12 Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e

ADI 1923 / DF

funções comissionados existentes nas unidades extintas.

13 Art. 1º Os arts. 5º, 17, 23, 24, 26, 32, 40, 45, 48, 57, 65 e 120, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...);

‘Art. 24.’

(...);

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.’

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

(...)

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

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

16 Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

15/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, eu quero me manifestar rapidamente exatamente pela envergadura que esse julgamento encerra sobre uma nova concepção gerencial do Estado.

Como o voto foi liberado em 2014, entendo que seria de bom alvitre que eu pudesse fazer uma lembrança muito rápida daquilo que se propôs, antes de Vossa Excelência colher. Tendo em vista o horário, Vossa Excelência pode, então, por conveniência, deliberar em que momento vamos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Prometo, Presidente, não mais utilizar a palavra, mesmo porque não me atreveria a retrucar o ministro Luiz Fux.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Luiz Fux, julgando parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 19.05.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11



a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas - estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, senhores estudantes presentes, na verdade foi uma pequena divergência, porque o Ministro Ayres Britto julgou a ação procedente em parte e eliminou alguns dispositivos. A diferença é que eu dei, aos dispositivos eliminados, uma interpretação conforme. Na verdade, eu não conjurei os dispositivos; dei-lhes uma interpretação conforme, porque, na essência, os dispositivos declarados inconstitucionais aduziam exatamente ao que aconteceria com determinadas entidades extintas e seu patrimônio. Basicamente isso.

Então, uma vez admitida - segundo ele - uma OS, aqueles bens, aqueles funcionários, aquele acervo passaria para a OS, que assim fosse qualificada, dentro dos critérios estabelecidos na lei especial.

Eu gostaria de destacar que, na verdade, o tema central é muito sensível, como o Ministro Marco Aurélio destacou, tanto mais, Senhor Presidente, que se hoje transformássemos todas as OS's em órgãos da Administração Pública e assumíssemos todos os empregados e serviços que as OS's prestam, o Estado brasileiro não teria condições de arcar com isso.

Por outro lado, as OS's exercem um papel social extremamente relevante, porque, na verdade, elas têm uma participação coadjuvante em serviços que não são exclusivos do Estado, e que a própria Constituição Federal admite essa coparticipação particular. Basicamente essa é a nova temática do terceiro setor.

Tão longo nós deliberamos sobre o tema, e depois pedi vista para dar essa interpretação conforme, o Professor Gustavo Binenbojm, que é constitucionalista e administrativista, escreveu um artigo muito interessante - "A era do direito administrativo como religião já era" -, referindo-se exatamente àquela cognominada "Era *Lochner*", em que

ADI 1923 / DF

houve o engessamento do Estado com o impedimento do desenvolvimento social, ciente de que o Estado não pode dar conta de tudo. Então, há hoje uma flexibilização das atividades que não são exclusivas do Estado e que não se deixam vencer pelo estigma de um Estado totalmente constitucionalizado.

Naquela oportunidade, destacamos que é um novo modelo gerencial da Administração Pública e, já na oportunidade da medida liminar, que não foi deferida contra a lei que criou as Organizações Sociais, os Ministros Gilmar Mendes e Ilmar Galvão puderam destacar os seguintes trechos (Ministro Gilmar Mendes):

"O programa de publicização, portanto, permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde e educação. Trata-se, em outros termos, de uma parceria entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade e eficiência."

Essa também, Senhor Presidente, é uma moderna doutrina apregoada pelo não menos eminente e ilustre Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com quem tive a oportunidade de trabalhar na qualidade de estagiário, e que foi colega de Procuradoria do Estado do Ministro Luís Roberto Barroso. Eu fui estagiário, e Vossa Excelência já teve a honra de trabalhar como Procurador do Estado ao lado dele.

O Ministro Gilmar Mendes, ainda na oportunidade da liminar, destacou que esse novo modelo de administração gerencial - porque, na verdade, isso é um projeto de reforma gerencial do Estado, nessa constatação inequívoca de que o Estado não consegue atingir as suas finalidades se não houver essa coparticipação nessa atividade coadjuvante. Então, dizia o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da liminar, que não foi deferida:

"Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado

ADI 1923 / DF

mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial."

E também, nesse mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Ilmar Galvão.

Tanto a AGU quanto a Procuradoria da República opinaram no mesmo sentido, de admitir as extensas jurídicas das OS's nessas atividades.

Senhor Presidente, eu apenas procurei manter as OS's, porque a própria liminar as manteve, subordinadas aos princípios que regem a Administração Pública. E, com isso, eu mantive a fiscalização do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que foi essa - vamos dizer assim - uma proposta de interpretação conforme, que, no fundo, é também uma declaração parcial de inconstitucionalidade, porque há várias interpretações, e declara-se uma das interpretações inconstitucionais, e constitucional essa interpretação.

Então, eu queria pedir vênua a Vossa Excelência só para ler a ementa, porque eu acho que é autoexplicativa; ela é grande, mas é autoexplicativa, e eu vou pular onde for necessário para abreviar o tempo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, agradeço o esclarecimento de Vossa Excelência.

Eu fiz distribuir aos eminentes Pares cópia do resumo do último trecho do voto tanto do Ministro Ayres Britto como o de Vossa Excelência. E, no que tange ao voto de Vossa Excelência, eu pude verificar agora - aliás, ontem, já verifiquei isso - que Vossa Excelência procura tornar objetivos os procedimentos adotados para as contas e as contratações nas OS's.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Objetivos, com fiscalização pública, tudo.

Se o Plenário estiver satisfeito com o documento que Vossa

ADI 1923 / DF

Excelência distribuiu, eu até agradeço.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas sem prejuízo de Vossa Excelência... Eu acho que Vossa Excelência deve mesmo se pronunciar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Da leitura da ementa?

"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 maiorias 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."

Então, há deferência aqui ao Legislativo.

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

ADI 1923 / DF

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.” - porque essas atividades distintas podem optar por serem qualificadas como Organizações Sociais.*

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*

ADI 1923 / DF

9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia 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 nos 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

ADI 1923 / DF

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

ADI 1923 / DF

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.”

Então, aqui agora concluindo, eu finalizo no item 20 da minha ementa:

”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 8666/93, 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.”

Então, essa foi a minha proposta de voto, que eu rememoro para que os eminentes Pares possam decidir de acordo com os votos-vista que foram apresentados aqui.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, antes de Vossa Excelência fazer o intervalo, eu só gostaria de deixar claro: eu concordo com o Ministro Marco Aurélio que essa é uma das questões mais importantes que estão postas em discussão aqui e eu não estou, no entanto, participando da discussão, porque o Ministro Carlos Ayres já votou. E confirmei com o Ministro Marco Aurélio, que era o nosso decano em exercício ontem, que a regra e a liturgia é a de que quem não tem voto também não tem voz. Por esta razão, eu não estou participando do debate, só pra não parecer que eu estou me omitindo numa questão tão importante como esta, mas não é o caso de eu poder participar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

Com todo o respeito, penso que mesmo aqueles que não têm voto sempre têm voz assegurada em Plenário.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. A petição inicial, em longa fundamentação, provoca reflexões sobre os mais variados aspectos da forma de colaboração público-privada entre Estado e organizações sociais. Como a Constituição é convidativa à execução, pela iniciativa privada, de atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente, às críticas de violação aos arts. 23; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208; 209; 215; 216, § 1º; e 218 da CF são destituídas de credibilidade, no meu entender. A Lei 9.637/98 apenas operou no espaço de conformação legislativa oferecido pela própria Constituição, alterando a modalidade de atuação estatal nesse âmbito, que deixou de ser direta e passou a ser indireta, por meio de ações de fomento.

2. O cerne desta ADI está em garantir, por meio da interpretação da Lei 9.637/98, que o afastamento da participação do Estado nesses aspectos da vida coletiva não signifique uma abdicação total de controle, porque isso resultaria em evidente risco de prejuízo para o erário, que, em maior ou menor medida, aporta recursos orçamentários a essas entidades.

Ora, para retirar a atenção primária dos esforços do Estado, sem prejuízo de uma atuação secundária, faz-se mister a formatação de um modelo estatal que garanta iguais oportunidades de cooperação (às entidades interessadas em colaborar) e se utilize das instituições de controle já existentes. Daí porque os pontos mais frágeis do marco legal contestado são os procedimentos (a) de qualificação como organizações sociais; (b) a celebração de contrato de gestão; (c) a contratação de obras e serviços; (d) a aquisição da autorização de uso de bem público; e (e) o recrutamento de pessoal. Esses atos são a espinha dorsal das organizações sociais. De todo modo, a sua submissão aos preceitos gerais do art. 37 da CF, além de fundamental, parece suficiente para garantir a

ADI 1923 / DF

validade do modelo.

3. De alguma forma, reproduz-se, aqui, a discussão travada no RE 789.874, quando se tratou das entidades do sistema “S” e de outros serviços sociais autônomos. Naquela oportunidade, fiz mostrar, como Relator, que há uma classificação hoje admitida na doutrina sobre as duas grandes espécies de serviços sociais autônomos:

“(...) dois tipos distintos de Serviços Sociais Autônomos:

a) aqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do terceiro setor; e

b) aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir de um órgão público preexistente, assumindo-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos da atuação do Estado nesta área, devem estar acompanhados de contrato de gestão. (SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 12, ano 3, out./dez. 2001)

Na primeira classificação estão os serviços autônomos vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT, SENAR, entre outros), enquanto no segundo grupo situam-se entidades não propriamente autônomas, a exemplo de APS, APEX e ABDI. O que todas essas entidades, de ambas as classificações, têm em comum, e que me parece ser o ponto mais sensível? É que todas elas são de alguma forma financiadas por recursos públicos. No caso das entidades do sistema “S”, mediante contribuições sociais compulsórias, cobradas diretamente pelas entidades, e no segundo caso com recursos diretamente extraídos do orçamento da União. A questão toda é saber se, por serem financiadas por

ADI 1923 / DF

esses meios, por recursos públicos, haveria uma submissão automática às regras da Administração Pública.

Naquela oportunidade (RE 789.874), consignei o seguinte em meu voto:

“(…) não procede a alegação de que o só fato de serem os serviços sociais autônomos subvencionados por recursos públicos seria circunstância determinante da submissão das entidades do Sistema “S” aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, notadamente no que se refere à contratação de seu pessoal. Tal relação de causa e efeito, além de não prevista em lei e nem ser decorrência de norma ou princípio constitucional, jamais foi cogitada para outras entidades de direito privado que usufruem de recursos públicos, como as de utilidade pública declarada, as entidades beneficentes de assistência social e mesmo as entidades sindicais, também financiadas por contribuições compulsórias.”

E em sequência ainda registrei que:

“(…) a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema “S” aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição, não exime essas entidades de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Essa exigência constitui requisito de legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social. Justamente em virtude disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade fiscalizatória, exercer controle sobre a manutenção desse padrão de legitimidade, determinando, se for o caso, as providências necessárias para coibir eventuais distorções ou irregularidades.”

4. Penso que essa situação se assemelha muito à das organizações sociais, sobre as quais estamos debatendo, e que a conclusão lá extraída se

ADI 1923 / DF

associa de alguma forma com a que foi colocada pelo exaustivo voto do Min. Fux, razão pela qual eu o acompanho, para julgar parcialmente procedente o pedido, fixando interpretação conforme às Lei 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, de modo a exigir a observância de parâmetros mínimos de objetividade, bem como dos princípios gerais da Administração Pública, quanto (a) ao procedimento de qualificação de entidades; (b) à celebração do contrato de gestão; (c) à contratação com dispensa de licitação e outorga de permissão de uso de bem público; (d) aos contratos, subvencionados com recursos públicos, que venham a ser celebrados entre organizações sociais e terceiros; (e) à contratação de pessoal pelas organizações sociais. E também afastar qualquer interpretação que minore as competências de controle externo a serem exercidas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União sobre a aplicação de verbas públicas por organizações sociais.

É o voto.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, penso que essa situação se assemelha muito à das organizações sociais que nós estamos aqui debatendo, e, de alguma forma, essa é a solução que o voto exaustivo do Ministro Fux colocou.

Por isso que eu o acompanho, Senhor Presidente, com a vênua do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acompanha o Ministro Fux julgando também parcialmente procedente, dando interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Para dar uma interpretação conforme, embora, a rigor, as providências que o Ministro Fux recomenda poderiam até eventualmente ser dispensadas, mas tem o seu efeito pedagógico. Por exemplo, a questão do controle do Tribunal de Contas é imposição expressa do art. 70, parágrafo único, da Constituição. O controle pelo Tribunal de Contas decorre diretamente do parágrafo único do art. 70, que diz:

"Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária."

O que o Ministro Fux está dizendo, corretamente, é que não se pode dar, à Lei em questão, nenhuma interpretação que limite essa norma constitucional.

De modo que eu acompanho o Ministro Fux, com a vênua do Ministro Marco Aurélio.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, o tema é extremamente sensível. Ontem, quando ouvi aqui, com toda a atenção, o voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, cheguei a cogitar da possibilidade de invocar o dispositivo regimental que me autoriza a, não me sentindo habilitada, não participar de julgamento iniciado há tanto tempo nesta Suprema Corte, até porque vi que há quórum suficiente para o debate e a decisão.

Por outro lado, talvez tivesse eu de abrir divergência ao bem-lançado e profícuo voto, que examinou com profundidade a matéria, do Relator, Ministro Ayres Britto – eu o li atentamente -, ou ao voto do Ministro Fux, cujos fundamentos ainda não conhecia. Hoje acompanhei o raciocínio desenvolvido por Sua Excelência, na linha das conclusões que ontem nos havia facultado. Para abrir divergência, eu precisaria no mínimo pedir vista regimental, tamanha a complexidade, tamanha a delicadeza do tema.

Na verdade, penso eu, estamos aqui a decidir até que ponto a Constituição autoriza organizações de caráter não governamental – na verdade, integrantes do chamado Terceiro Setor – a substituir o Estado no desempenho de atividades que são próprias do Estado, inclusive consagradas no Texto Constitucional como dever do Estado, educação, saúde, enfim, e de que, em princípio, não poderia ele, a meu juízo, abrir mão. Em outras palavras, se esse discurso sobre o novo modelo gerencial de administração proposto tem, ou não, amparo na arquitetura do Estado contemplada na Constituição.

Por outro lado, também não posso esquecer - até comentava há pouco - o que todos entendemos: que a Constituição é viva, a Constituição é aquilo que o Supremo diz que é, a interpretação que confere ao Texto Constitucional. Mas tenho enorme dificuldade, Senhor Presidente, de, nesse âmbito – perdoem-me, mas seria uma terceirização

ADI 1923 / DF

da própria atividade estatal, não mais a terceirização na órbita trabalhista, da ótica do trabalho, daquele que executa o trabalho, da atividade do trabalhador, mas da atividade estatal como tal- , de superar os obstáculos que foram tão bem detalhados e tão bem enfrentados no voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, ontem proferido, com amparo em especial na doutrina de Celso Antônio.

Então, pedindo todas as vênias aos que compreendem de forma diversa, com os seus respeitabilíssimos fundamentos, eu acompanho o voto divergente do Ministro Marco Aurélio.

16/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, como já foi aqui reiterado, tenho que este é um dos julgamentos de importância talvez especial, porque diz respeito ao modelo de Administração Pública não em sua integralidade, mas num aspecto que foi muito bem colocado tanto pelo Ministro Ayres Britto, no seu voto, quanto pelo Ministro Fux, quanto ontem no voto brilhante do Ministro Marco Aurélio, sobre a constitucionalidade de possibilitar instituições privadas, denominadas Organizações Sociais, de prestação de serviço público de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

A despeito do muitíssimo bem-lançado voto de Ministro Marco Aurélio, eu peço vênia à Sua Excelência e também agora à Ministra Rosa Weber para acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux e explicito o que seria um breve resumo do que penso.

Em primeiro lugar, a Administração Pública, desde que cumpridos os seus princípios, tem uma dinâmica que há de ser acompanhada segundo o usuário do serviço público, a sua demanda e a sua necessidade. Desde que cumpridos, reitero, os princípios constitucionais, essa possibilidade de se prestarem serviços públicos - e aqui não acredito que tenha havido abdicação da Administração Pública em favor de entidades privadas, porque em nenhum momento se tem que os serviços não serão mais prestados pelo Estado; serão prestados pelo Estado, mas, como bem assevera agora o Ministro Teori, lembrando o que já foi dito antes, a Rede Sarah, por exemplo, não substitui o Estado, que continua a prestar e a ser o titular do serviço da saúde; mas mesmo o particular pode prestar o serviço de saúde.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, lança bem que alguns serviços, como saúde e educação, que são os exemplos normalmente lembrados, são serviços públicos prestados pelo Estado,

ADI 1923 / DF

como dever, e prestados também por particulares. E, neste caso, a diferença está em que o modelo de gestão que foi concebido desde a década de 90, e que causou muito estupor em todos nós que atuamos na Administração Pública, foi exatamente introduzir entidades que são públicas, não estatais, que é o modelo dessas organizações e que, portanto, teriam que se submeter necessariamente, como foi posto nos votos, aos princípios e regras da Administração Pública, a se saber quais delas e como seriam elas submissas a esse regime.

No voto do Ministro Carlos Britto, ele pergunta se, à iniciativa privada, seria permitida a prestação de serviços públicos e responde que sim, que há serviços públicos passíveis de prestação não estatal, serviços que, se prestados pelo setor público direta ou indiretamente, prestados pela iniciativa privada, continuarão de natureza pública.

E, no tocante às parcerias, o que se pretende, o que se buscou foi exatamente uma prestação mais eficiente, que é um dos princípios da Administração Pública, e com recursos públicos, até porque essas entidades têm também os seus limites. Há impossibilidade, por exemplo, de transformarem esses serviços em atividades econômicas. Por isso é que, no seu voto, o Ministro Carlos Britto acentuou que não haveria a privatização desses serviços e que o programa, que foi chamado Programa Nacional de Publicização, teria sido inconstitucional se fosse uma privatização no sentido de impedir ou substituir o Estado pelo particular.

E, então, ele concluiu em seu voto que o problema nem estaria no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização por parte do Estado do regime privado de gestão de pessoas, compras e contratações, mas na possibilidade de Organizações Sociais serem autorizadas e que o Estado abdicasse da prestação de serviço público - o que não poderia acontecer.

Mas, concluiu ele que, pelas coordenadas normativas:

"não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares. Conforme visto, a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e

ADI 1923 / DF

permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomenta essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos".

Por isso é que foi criado, naquela ocasião, o chamado contrato de gestão, que não era um contrato, na verdade, era muito mais um convênio, porque buscava-se uma finalidade que era comum, e que, então, com a interpretação conforme que foi oferecida, permitia que essa gestão do serviço fosse mais eficiente para o usuário, que é o alvo principal do que se pretende com o Estado - afinal, não é o homem que vive para o Estado, é o Estado que vive para o homem -, para que, então, se permitisse uma melhor prestação desse serviço, que foi o que se buscou.

Com a interpretação conforme que foi oferecida pelo Ministro Carlos Britto e, muito mais, com o voto que diverge apenas em parte do Ministro Fux, para acentuar exatamente a transparência e o controle garantidos na execução desses serviços, tenho para mim que a conclusão seria no sentido da procedência parcial com a interpretação conforme, nos termos postos pelo Ministro Fux, porque, em primeiro lugar, não considero que tenha havido a demissão, pelo Estado, dessas atividades, nem a sua abdicção. Os serviços continuam a ser titularizados; passou-se à execução de serviços por um novo modelo de gestão por essas entidades; essas entidades, a meu ver, são as chamadas públicas não estatais, elas não são consideradas inteiramente privadas - tanto não são que, por exemplo, reitero, no modelo da Rede Sarah, ela presta contas de tudo o que se faz, e faz, portanto, com essa eficiência que é buscada; não tem a liberdade que uma entidade privada tem, uma escola privada ou um hospital particular.

Cada vez mais o que se tem é exatamente a busca de uma melhor prestação do serviço, que seria garantido sem qualquer embaraço aos princípios da publicidade, da legalidade, da moralidade da Administração Pública, com ganho para o usuário do serviço público, num novo modelo de gestão que, na dinâmica dada pela interpretação da Constituição, permite-se, sem comprometimento da titularidade dos serviços pelo Estado, na forma da interpretação oferecida pelo Ministro

ADI 1923 / DF

Luiz Fux.

Por isso, Senhor Presidente, reitero as vênias, porque o voto do Ministro Marco Aurélio cala fundo, efetivamente, por tudo que se põe como princípio jurídico, e do voto da Ministra Rosa Weber, que o acompanha na divergência, mas julgo parcialmente procedente a ação, acompanhando o voto Ministro Luiz Fux.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, quando da apreciação da medida cautelar, eu votei no sentido do completo indeferimento. Mas, hoje, vejo-me numa zona de conforto em poder acompanhar o ministro Luiz Fux, porque o que Sua Excelência faz é apenas explicitar elementos que, a meu ver, já estavam admitidos, como acaba de dizer a ministra Cármen Lúcia, por exemplo, a ideia de um controle pelo Tribunal de Contas, da possibilidade de que o próprio Ministério Público fiscalize, até porque não se cogitava, creio, de um modelo indene à fiscalização. Os recursos continuam sendo recursos públicos e até orçamentários; há uma integração do sistema.

De que se cuida, basicamente, é de buscar um novo modelo de administração que possa, eventualmente, revelar-se mais eficiente do que aquele que se atinge na forma tradicional, mas sob os controles do próprio Estado.

No voto que proferi, trouxe até citações do eminente jurista e consagrado filósofo Günther Teubner, em que ele falava dessa nova fase do próprio Direito e do Direito Público e do Direito Privado. Então, ele dizia, inclusive, neste texto traduzido para o português: não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as ideias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público-privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com a ajuda de uma única classificação binária - público ou privado. Ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo estado-sociedade, refletido na divisão do Direito em Público e Privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais, reproduzindo-se por

ADI 1923 / DF

sua vez no Direito.

Em suma, é disso que se cuida e, daí, há a necessidade desse experimento.

Eu tive a oportunidade também de, num seminário em Granada realizado em homenagem ao caríssimo professor Peter Häberle, ouvir a leitura de uma palestra produzida, trazida pelo eminente professor Canotilho, em que ele dizia, exatamente, dessa transformação do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, e que revelaria, talvez, a configuração de uma verdadeira mudança de paradigma.

Eu aditaria, ainda, Presidente, que esse modelo, que já existia, de certa forma, como bem disse a ministra Cármen Lúcia, no sistema Sarah desde os anos 60, como um bem-sucedido experimento institucional, hoje vem sendo estendido a inúmeras instituições. Ainda ontem, cientistas importantes do Brasil manifestaram-se no sentido da preservação desse modelo como fundamental à autonomia dessas instituições importantes de pesquisa. Daí, a necessidade de que nós referendemos a ampliação desse agora mais ousado experimento institucional, sem perder de vista a necessidade de controle.

Eu estes dias ainda comentava que, muito recentemente, viajando pelo interior de São Paulo, tive a grata surpresa de passar por Brodowski, a cidade - como sabem - de Portinari, e lá vi uma OSCIP funcionando na casa desse notável pintor brasileiro, que permite aquela mínima estrutura de um museu de forma descentralizada, portanto, dando ensejo ao funcionamento de instituições que, talvez sob um modelo de gestão direta, tivessem dificuldade de ação e mesmo de subsistência.

Claro, o ministro Fux apontou que pode haver, sim, problemas, e para isso é preciso que haja todos os cuidados no que diz respeito à seleção, à competitividade, às entidades que poderão exercer essa atividade, essa transferência de atribuições, no que diz respeito à prestação de serviços que continuam a ser serviços de caráter público, ainda que, como disse a ministra Cármen, não diretamente estatal.

De modo que, com essas breves considerações, pedindo vênias ao ministro Marco Aurélio e agora à ministra Rosa Weber, eu me encaminho

ADI 1923 / DF

também para subscrever o belíssimo voto do eminente Relator.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Do Relator ou do Ministro Fux?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe-me, é que o ministro-relator já está há tanto tempo ausente. Desculpe-me, ministro Fux, é claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, não fica muito diferente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. É que acho que até o ministro Britto era mais restritivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Era mais restritivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Britto era mais restritivo. O voto que está preponderando, até o momento, é o voto do Ministro Fux, que estabelece normas objetivas para a atuação e controle dessas OS.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência acompanha o Ministro Fux no sentido da procedência parcial com interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço *vênia*, Senhor Presidente, **para acolher** a proposta **formulada** pelo eminente Ministro LUIZ FUX *e, em consequência*, julgar **parcialmente** procedente a **presente** ação direta, **em ordem a conferir**, à Lei nº 9.637/98 *e* ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (**na redação** dada pela Lei nº 9.648/98), *a interpretação conforme à Constituição* preconizada no douto voto do Ministro LUIZ FUX.

É o meu voto.

16/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também pedindo vênias à divergência, vou acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux.

As organizações sociais são pessoas jurídicas sem fins lucrativos de Direito Privado, mas que prestam a colaboração à Administração Pública mediante contratos de gestão. São entidades novas que emprestam flexibilidade, agilidade à prestação do serviço público, embora elas não se enquadrem naquela classificação ortodoxa do Direito Administrativo, que divide a Administração Pública em direta e indireta, elas estão, sim, na medida em que recebem recursos públicos e prestam serviços de interesse público, estão submetidas aos cânones do artigo 37 da Carta Magna, que são exatamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

E ademais, como bem disse o Ministro Teori Zavascki, a Constituição é expressa. Numa República, como a nossa, qualquer pessoa pública ou privada, ou qualquer um indivíduo que receba dinheiro público deve prestar contas ao Tribunal de Contas respectivo.

Portanto, entendo que a solução dada para o caso pelo Ministro Fux, *data venia*, é a mais adequada, para permitir que essas instituições subsistam prestando relevante serviço público, que executam atualmente, sobretudo, porque grande parte da saúde, mesmo da educação e da pesquisa, hoje estão nas mãos dessas instituições, ou sob a responsabilidade dessas instituições, razão pela qual, como Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, julgo parcialmente procedente a ação, dando também interpretação conforme à Constituição, nos exatos termos dados por Sua Excelência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.(A/S) : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA

INTDO.(A/S) : ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

ADV.(A/S) : BELISÁRIO DOS SANTOS JR.

INTDO.(A/S) : SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ - SINDSAÚDE/PR

ADV.(A/S) : LUDIMAR RAFANHIM E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Luiz Fux, julgando parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 19.05.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: (i) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11



a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; (ii) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; (iii) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, cabeça, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas - estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas no mencionado diploma, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.04.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas 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 Constituição Federal, 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 Constituição Federal; (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 Constituição Federal; (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 Constituição Federal, 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 Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes



à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral da República, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário



PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

Contrato de Gestão n.º	004/2011
Termo Aditivo n.º	1º
DGAJ / SES	

PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA - IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelhos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente **Dr. CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem, CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao Contrato de Gestão nº **004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto do presente Termo Aditivo a prorrogação do Contrato de Gestão nº **04/2011** pelo período de 12 (doze) meses;

CLÁUSULA SEGUNDA- DA VIGÊNCIA

O prazo de vigência do presente TERMO ADITIVO será pelo período compreendido entre 01/01/2012 à 31/12/2012.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO PREÇO E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

O valor total do presente TERMO ADITIVO é de **R\$ 64.920.576,00** (sessenta e quatro milhões, novecentos e vinte mil e quinhentos e setenta e seis reais), que será pago à **CONTRATADA** 12 (doze) parcelas mensais de **R\$ 5.410.048,00** (cinco milhões, quatrocentos e dez mil e setecentos e noventa e oito reais), mediante apresentação da(s) fatura(s) devidamente atestada(s) pelo setor competente do **CONTRATANTE**, sendo empenhado no momento o valor de **R\$ 10.820.096,00** (dez milhões, oitocentos e vinte mil e noventa e seis reais), conforme a seguinte dotação orçamentária a seguir especificada com recursos oriundos da seguinte Dotação Orçamentária:



SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

FONTE: 0101
CÓDIGO UG: 530401
PROGRAMA DE TRABALHO: 1033.3431A590
NATUREZA DA DESPESA: 3300
NOTA DE EMPENHO Nº: 2012NE000657, emitida em 02/01/2012

PARÁGRAFO ÚNICO. A referida Nota de Empenho garante o pagamento da quantia de R\$ 10.820.096,00 (dez milhões, oitocentos e vinte mil e noventa e seis reais), devendo o valor restante ser complementado através de nota de empenho a ser emitida pelo setor competente, e posteriormente ser registrada por simples apostilamento, dispensando a celebração de aditamento, conforme disposição do art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA TERCEIRA – DA RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente TERMO ADITIVO.


CLÁUSULA QUARTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente TERMO ADITIVO, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.

E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, 01 de janeiro de 2012.


ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETÁRIO
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE



CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
PRESIDENTE
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:


1.

2.

CPF/MF nº:

CPF/MF nº:

AC


Assessor - GGA/JSES

2

1,14; Medical - Mercantil de Aparelhos Médicos Ltda itens 8, 16, 18, 19, nos valores unit. R\$ 2,00; R\$ 335,00; R\$ 58,70; R\$ 58,70; Megamed Comercio Ltda itens 9, 31, nos valores unit. R\$ 1,34; R\$ 17,26; Point Sutura do Brasil Indústria e Comércio Ltda item 32, no valor unit. R\$ 4,00; Sarmônico Indústria e Comércio Ltda itens 7, 14, nos valores unit. 10,45; R\$ 28,50; Somer Comercial Ltda EPP nos itens 22, 24, 25, nos valores unit. 48,95; R\$ 18,00; R\$ 18,00; Sulucat - Ind e Com. de Fios de Sutura Ltda item 23, no valor unit. 58,70 Ana Celi Lopes de Vasconcelos - Presidente CPLV GERES.

ADALUMUMABE 40MG/0,8ML - Seringas Preenchidas, no quantitativo de 54 (cinquenta e quatro unidades). VALOR TOTAL: R\$ 102.448,80. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: As despesas com as presentes contratações correrão por conta de seguinte Dotação Orçamentária. FONTE: 0101. NOTA DE EMPENHO: 2013NE008259. VIGÊNCIA: 90 (noventa) dias, contados a partir de sua assinatura. DATA DA ASSINATURA: 27/07/2013

3º TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 004/2011. CONTRATADA: FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR (HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA). CNPJ/MF Nº 10.988.301/0001-29. OBJETO: Prorrogação do prazo de vigência do Contrato 004/2011, por um período de 12 (doze) meses. VALOR TOTAL: R\$ 64.920.576,00. FONTE: 0101 e 0144. NOTA DE EMPENHO: 2013NE001638 e 2013NE001250. VIGÊNCIA: A partir de 01/01/2013 até 31/12/2013. DATA DA ASSINATURA: 01/01/2013.

da Silva - Belém de Maria; Carlos Alberto Arruda Barreira - Cachoeirinha; Otacílio Alves Cordeiro - Catende; Sandoval José de Luna - Cupira; Sandro Rogério Martins de Arantes - Igarajá; Agnaldo José Inácio dos Santos - Jurema; Verônica de Oliveira Cunha Soares - Lagoa dos Gatos; Maria Marliúcia de Assis Santos - Maracá; José Genaldil Ferreira Zumba - São João; João Yandir Vaz Cavalcanti Júnior - São Joaquim do Monte; Sérgio Barreto de Miranda - Panetles; Cristiano Lira Martins - Quipapá; José Rinaldo Figueredo Lopes - São Benedito do Sul; Marivaldo Silva de Andrade - Jaqueira; e Sandra Lúcia Freire Aragão - Tacambó, reunidos em Assembleia Geral, na forma dos Protocolos de Intenções e respectivas Leis Municipais Autorizativas, cf. o Inciso VII do Art. 4º da Lei Federal nº 11.107/2005, todos representantes legais dos Municípios integrantes de Autarquia, homologaram por unanimidade o ingresso dos municípios de Panetles, Quipapá, Jaqueira, Camocim de São Félix, São Benedito do Sul e Tacambó no quadro social do COMAGSUL; elegeram e foram empossados para o biênio 2013/2014 a Diretoria Executiva: Presidente - Otacílio Alves Cordeiro de Catende; 1º Vice-Presidente - Valdeci José de Silva de Belém de Maria; 2º Vice-Presidente - José Genaldil Ferreira Zumba de São João; e Conselho Fiscal: Presidente - Thiago Lucena Nunes de Agrestina; Relator - Agnaldo José Inácio dos Santos de Jurema; Membro - Maria Marliúcia de Assis Santos de Maracá; e 1º Suplente - Verônica de Oliveira Cunha Soares de Lagoa dos Gatos; e assinaram a Lista de Indicação dos Membros do Grupo Gestor, na forma do disposto no § 3º, Artigo 1º, das Leis Autorizativas Municipais, para o biênio 2013/2014, que terá a seguinte composição: Procurador Jurídico - Bel. Marcelo Antonio da Silva; Coordenador de Finanças - Bel. Massassés Soares Leite; Coordenadora de Projetos - Marie Josefa Costa; Coordenador de Articulação - Antonio Roberval Maciel da Silva; e Coordenador Administrativo - Bel. Bartolomeu P. Mendonça, que tomarão posse após as respectivas designações através de Portarias da lavra do Presidente do Consórcio, Agrestina-PE, em 07 de agosto de 2013. a) Bel. Marcelo Antonio da Silva - Secretário ad hoc da Assembleia; b) Marcos André Vianna - Escritório; c) Maria Josefa Costa - Coordenadora de Projetos; d) Antonio Roberval Maciel da Silva - Coordenador de Articulação; e) Bel. Bartolomeu P. Mendonça - Secretário Executivo; f) Otacílio Alves Cordeiro - Prefeito de Catende / Presidente do COMAGSUL Base Legal na Publicação Art. 5º, § 3º Dec. Fed. 8.017/17 Jan 2007. Inteiro Teor: www.comagul.pe.gov.br 7. Atas de Reuniões 7.1 Atas - Assembleias Gerais / Prefeitos.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RATIFICAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 043/2013/CPLME

Reconheço e ratifico a Inexigibilidade de Licitação nº 043/2013, Processo CPLME Nº 610/2013, referente à contratação direta da empresa PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACEUTICOS S.A. para fornecimento imediato e integral do medicamento ALFADORNASE 1MG/ML SOLUÇÃO PARA INALAÇÃO, FORMA DE APRESENTAÇÃO AMPOLA 2,5ML, no quantitativo de 8.584 (oito mil, quinhentos e oitenta e seis) unidades, com o valor unitário de R\$ 37,07 (oitenta e sete reais e sete centavos), perfazendo o valor global de R\$ 320.747,53 (trezentos e vinte e sete mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e cinquenta e sete centavos), para atender a demanda de toda Rede Pública Estadual de Saúde de Pernambuco pelo período até março/2014, com fundamento no artigo 25, inciso I da Lei Nº 8666/93 e alterações posteriores. Recife, 12/09/2013 Antônio Carlos dos Santos Figueira - Secretário de Saúde/SES/PE.

RATIFICAÇÃO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 119/2013/CPLME

Reconheço e ratifico a Dispensa de Licitação nº 119/2013, Processo CPLME Nº 296/2013, referente à contratação direta da empresa OPEM REPRESENTAÇÃO IMPORTADOR, EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA, para o fornecimento imediato e integral do medicamento COLISTIMETATO DE SÓCIO 2.000.000UI, FRASCO-AMPOLA, no quantitativo de 1.800 (um mil e oitocentos) unidades, valor unitário de R\$ 41,00 (quarenta e um reais), perfazendo o valor total de R\$ 73.800,00 (setenta e três mil e oitocentos reais), para atender a demanda de toda Rede Pública Estadual de Saúde de Pernambuco, com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Nº 8666/93 e alterações posteriores. Recife, 12/09/2013 Antônio Carlos dos Santos Figueira - Secretário de Saúde/SES/PE.

RATIFICAÇÃO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 139/2013/CPLME

Reconheço e ratifico a Dispensa de Licitação nº 139/2013, Processo CPLME Nº 487/2013, referente à contratação direta da empresa EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, para o fornecimento imediato e integral do medicamento AMBRISSENTANA (Vofisbã) 5MG, COMPRIMIDO REVESTIDO, no quantitativo de 180 (cento e oitenta) unidades, valor unitário de R\$ 39,96 (trinta e cinco reais e noventa e seis centavos), perfazendo o valor total de R\$ 7.192,80 (sete mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e oitenta e seis centavos), para atender a demanda judicial em nome da paciente JANE AURELIA CARDOSO LEITE em cumprimento a decisão exarada nos autos do Mandado da Segurança Nº 0308578-1, do gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira, com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Nº 8666/93 e alterações posteriores. Recife, 12/09/2013 Antônio Carlos dos Santos Figueira - Secretário de Saúde/SES/PE.

RATIFICAÇÃO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 144/2013/CPLME

Reconheço e ratifico a Dispensa de Licitação nº 144/2013, Processo CPLME Nº 509/2013, referente à contratação direta da empresa EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, para o fornecimento imediato e integral do medicamento FINGOLBODE, CLORIDRATO 0,5MG, (GILENYA), CÁPSULA, no quantitativo de 180 (cento e oitenta) unidades, valor unitário de R\$ 149,18 (cento e quarenta e nove reais e dezesseis centavos), perfazendo o valor total de R\$ 26.852,40 (vinte e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quatro centavos), para atender a demanda judicial em nome da paciente KARLA FERNANDES LAFAYETE em cumprimento a decisão exarada nos autos do Processo Nº 0052628-61.2013.6.17.0001, Da 6ª Vara de Fazenda Pública da Capital, com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Nº 8666/93 e alterações posteriores. Recife, 12/09/2013 Antônio Carlos dos Santos Figueira - Secretário de Saúde/SES/PE.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO SECRETARIA DE SAÚDE COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Processo Licitatório Nº 004/13, Pregão Eletrônico Nº 003/13-SRP, referente ao fornecimento de mobiliários sob medida para atender as UPAS de Caruaru, Garanhuns, Grande Recife e Hospital Mestre Vitalino em Caruaru, em favor da empresa: Revoredo & Cia Ltda - Lote 1 (Único) R\$ 3.499.999,97 Recife, 12 de setembro de 2013 Jorge Antônio Dias Conde de Araújo - Ordenador de Despesa.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE

Em, 12.09.2013

GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

EXTRATOS DE CONTRATOS

CONTRATO Nº 244/2013
CONTRATADA: ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA
CNPJ/MF Nº 56.998.701/0031-31.
PROCESSO CPLME Nº 380/2012 - Registro de Preços Nº 205/2012
OBJETO: Fornecimento pela CONTRATADA, do Medicamento

CONTRATO Nº 245/2013
CONTRATADA: ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.
CNPJ/MF Nº 56.998.701/0031-31.
PROCESSO CPLME Nº 272/2012 - Registro de Preços Nº 138/2012.
OBJETO: Fornecimento pela CONTRATADA, do Medicamento CALCITRIOL 1MG/ML - Solução Injetável, no quantitativo de 17.708 (dezasete mil setecentos e seis) unidades
VALOR TOTAL: R\$ 203.264,88
DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: As despesas com as presentes contratações correrão por conta de seguinte Dotação Orçamentária:
FONTE: 0144.
NOTA DE EMPENHO: 2013NE007896.
VIGÊNCIA: 90 (noventa) dias, contados a partir de sua assinatura.
DATA DA ASSINATURA: 01/07/2013

CONTRATO Nº 246/2013
CONTRATADA: ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.
CNPJ/MF Nº 56.998.701/0031-31.
PROCESSO CPLME Nº 369/2012 - Registro de Preços Nº 205/2012.
OBJETO: Fornecimento pela CONTRATADA, do Medicamento ADALUMUMABE 40MG/0,8ML - Seringas Preenchidas, no quantitativo de 1.000 (mil unidades).
VALOR TOTAL: R\$ 1.897.200,00
DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: As despesas com as presentes contratações correrão por conta de seguinte Dotação Orçamentária:
FONTE: 00144.
NOTA DE EMPENHO: 004824
VIGÊNCIA: 90 (noventa) dias, contados a partir de sua assinatura.
DATA DA ASSINATURA: 05/05/2013

CONTRATO Nº 247/2013
CONTRATADA: POLITEC IMPORTAÇÃO E COMERCIO LTDA
CNPJ/MF Nº 43.894.609/0001-64
PROCESSO CPLME Nº 677/2012 - Registro de Preços Nº 394/2012.
OBJETO: Fornecimento pela CONTRATADA, de Estimulador de nervo vago (terapia VNS), no quantitativo de 12 (doze) unidades.
VALOR TOTAL: R\$ 1.398.000,00
DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: As despesas com as presentes contratações correrão por conta de seguinte Dotação Orçamentária:
FONTE: 0101.
NOTA DE EMPENHO: 2013NE009555
VIGÊNCIA: 90 (noventa) dias, contados a partir de sua assinatura.
DATA DA ASSINATURA: 30/07/2013

EXTRATOS DE TERMOS ADITIVOS DE CONTRATOS

1º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 054/2013
CONTRATADA: PRESSA CONSTRUÇÕES LTDA
CNPJ/MF Nº 09.468.539/0001-44.
OBJETO: Replenimento orçamentário sem reflexo financeiro, ao Contrato Nº 054/2013.
VIGÊNCIA: Vigorará nos termos do Contrato
DATA DA ASSINATURA: 08/04/2013

5º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 427/2008
CONTRATADA: MVM CONSULTORIA INTERNACIONAL E COMÉRCIO LTDA
CNPJ/MF Nº 05.875.209/0001-12.
OBJETO: Prorrogação do prazo de vigência do Contrato 427/2008, por um período de 09 (nove) meses.
VALOR TOTAL: R\$ 21.869,03.
FONTE: 0101.
NOTA DE EMPENHO: 2013NE003813
VIGÊNCIA: A partir de 01/01/2013 até 30/09/2013
DATA DA ASSINATURA: 02/01/2013

3º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 408/2010
CONTRATADA: CLÍNICA DE RADIOLOGIA E ULTRASSONOGRAFIA DO CARINA LTDA.
CNPJ/MF Nº 12.589.312/0001-42.
OBJETO: Prorrogação do prazo de vigência do Contrato 408/2010, por um período de 12 (doze) meses.
VALOR TOTAL: R\$ 132.240,00.
FONTE: 0144.
NOTA DE EMPENHO: 2013NE003026
VIGÊNCIA: A partir de 01/01/2013 até 31/12/2013
DATA DA ASSINATURA: 02/01/2013

EXTRATOS DE TERMOS ADITIVOS DE CONTRATOS DE GESTÃO

1º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 004/2011.
CONTRATADA: FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR (HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA).
CNPJ/MF Nº 10.988.301/0001-29.
OBJETO: Informar a nova inscrição do Número do CNPJ da Contratada no âmbito do Contrato de Gestão 004/2011, referente a prestação de serviços de saúde no HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA, que passa a ser o seguinte CNPJ: 10.988.301/0005-33.
VIGÊNCIA: A partir de sua assinatura
DATA DA ASSINATURA: 02/08/2012

2º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 004/2011.
CONTRATADA: FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR (HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA).
CNPJ/MF Nº 10.988.301/0001-29.
OBJETO: Informar a nova inscrição do Número do CNPJ da Contratada no âmbito do Contrato de Gestão 004/2011, referente a prestação de serviços de saúde no HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA, que passa a ser o seguinte CNPJ: 10.988.301/0005-33.
VIGÊNCIA: A partir de sua assinatura
DATA DA ASSINATURA: 02/08/2012

GIOVANA ANDRÉA GOMES FERREIRA
Gerente Geral de Assuntos Jurídicos

ERRATA DE EXTRATO

Errata do Extrato do Contrato Nº 203/2013 celebrado entre a SES x CASA DE SAÚDE E MATERNIDADE SÃO VICENTE LTDA, publicado no D.O.E/PE de 14/08/2013; ONDE SE LÊ: OBJETO: Serviços de lavanderia hospitalar com desinfecção de enxovais e demais serviços correlatos, sob situação Higienico-sanitárias regulamentares para atendimento das necessidades do Hospital Correia Picranço. LEIA-SE: Serviços especializados em exames de mamografia bilateral para rastreamento no quantitativo de 600 procedimentos/mês.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO VII GERÊNCIA REGIONAL DE SAÚDE VII GERES-SALGUEIRO COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

HOMOLOGAÇÃO

PROCESSO Nº 14/2013 - TOMADA DE PREÇOS Nº 07/2013 - OBJETO: MATERIAL ELÉTRICO, HIDRÁULICO E PINTURA PARA O HOSPITAL REGIONAL INÁCIO DE SÁ/SALGUEIRO-PE. Homologo nos termos do art. 43, inc. VI da Lei Nº 8.666/93, o presente PROCESSO LICITATÓRIO Nº 14/2013, TOMADA DE PREÇOS Nº 07/2013 e adjuca seu objeto, por ter proposta o menor preço as empresas: EVANDRO DOS S SILVA ME, com valor de R\$ 11.584,70 (onze mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta centavos), CONSTRUÇÃO COMERCIO LTDA, com valor de R\$ 10.955,75 (dez mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), C M BEZERRA GONDIM, com valor de R\$ 6.048,30 (seis mil, quatrocentos e nove reais e trinta centavos), SHIRLAIDE R NOBREGA, com valor de R\$ 5.880,43 (cinco mil, oitocentos e oitenta reais e quarenta e três centavos). Salgueiro, 12 de setembro de 2013. MARIA AUXILIADORA ALVES V. VERAS-GERENTE VII GERES.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO SECRETARIA DE TRANSPORTES COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO - SETRA

AVISO DE ADJUDICATÓRIA DE LICITAÇÃO CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 010/2013

A Comissão Especial de Licitação torna público para o conhecimento dos interessados, que a data de ABERTURA DA CONCORRÊNCIA Nº 010/2013, que tem por objeto: Execução das Obras e Serviços de Restauração da Rodovia PE - 001, Trecho: Ponte do Rio Doce/ Ent. PE-022/ Maria Fátima, extensão: 12,00Km. TIPO: Menor Preço ABERTURA: 02 de outubro de 2013 às 09:00 horas, foi ADIADA para o dia 17 de outubro de 2013 às 09:00 horas. Os interessados deverão contactar a CEL/ SETRA, situada à Av. Cruz Cabugá, 1.111, 2º andar, Santo Amaro, Recife-PE, FONE: 3184-2593, a fim de receberem a Instrução para aquisição do novo Edital e seus Anexos a partir do dia 16 de setembro de 2013 no horário das 8:00 às 12:00 horas. Luiz Alberto de Araújo - Presidente da CEL.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO SECRETARIA DE TRANSPORTES COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO/DORRAS ENGENHARIA

RESULTADO DE HABILITAÇÃO

TOMADA DE PREÇOS Nº 2013.016.2.006-12. OBJETO: Obras/ Serviços de Pavimentação em TSD e Orenagem para as Ruas - dos Mascates e José Duca da Silva, Bairro da Boa Vista, no Município de Garanhuns/PE. A CPL depois de promovida a análise documental e conhecida às análises técnica e contábil financeira, respectivamente pela Gerência de Obras Especiais (órgão requisitante do certame) e Superintendência de Gestão, por atendimento ao edital de convocação, RESOLVE: Habilitar a empresa - CONSTRUTORA ANCAR LTDA.

Comunicamos Reunião para conhecimento da Proposta Comercial na data - 23/09/2013 às 15h00m, sala CPL, Térreo, Prédio da SETRA. O presente aviso visa o cumprimento da Lei das Licitações, Art. 109, Inciso I, Alínea "a". MARIA VERÔNICA DA CUNHA LUCENA FELIX - Presidente da CPL/Obras Engenharia.

Publicações Municipais

COMAGSUL - CONSÓRCIO DE MUNICÍPIOS DO AGRESTE E MATA SUL - PE

Extrato da Ata de 10ª Assembleia Geral do Consórcio Público COMAGSUL, realizada no dia sete de agosto do ano de dois mil e treze (07/08/2013), por volta das dez horas e trinta minutos (10h30m), no prédio sede do COMAGSUL, na Rua 11 de Setembro, 120, BR-104, Km 87, Agrestina-PE. Os Prefeitos Constituintes Thiago Lucena Nunes - Agrestina; Valdeci José

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELÉM DO SÃO FRANCISCO

Aviso de Licitação - Pregão Presencial

A Prefeitura Municipal de Belém do São Francisco, Endereço: Av. Cel. Cambá, 266, Centro, Tel. (87) 3876-1190; Fax: (87) 3876-1183, através da sua Pregoeira e Equipe de Apoio torna público os Pregões Presenciais:
PROCESSO ADMINISTRATIVO 038/2013
Pregão Presencial Nº 018/2013 - Aquisição de automóvel, destinado ao Programa Bolsa Família. Abertura dos envelopes dia 24 de setembro de 2013 às 09:00 hora local, na Secretaria de Administração, sala da CPL.
PROCESSO ADMINISTRATIVO 039/2013
Pregão Presencial Nº 018/2013 - Fornecimento parcelado de Material Gráfico, Secretaria de Saúde. Abertura dos envelopes dia 24 de setembro de 2013 às 10:00 hora local, na Secretaria de Administração, sala da CPL.
PROCESSO ADMINISTRATIVO 040/2013
Pregão Presencial Nº 018/2013 - Fornecimento parcelado de Material Permanente Móveis, eletrodomésticos e eletrônicos, Secretarias: Administração, Educação e Saúde. Abertura dos envelopes dia 24 de setembro de 2013 às 11:30 hora local, na Secretaria de Administração, sala da CPL.
PROCESSO ADMINISTRATIVO 041/2013
Pregão Presencial Nº 019/2013 - Contratação de Empresa especializada para prestação de serviços de Estrutura de apoio (Piso, Geradores, Banheiros químicos, sonorização e iluminação) para a realização de eventos musicais e artísticos. Abertura dos envelopes dia 24 de setembro de 2013 às 14:00 hora local, na Secretaria de Administração, sala da CPL.
Núbia Maria Amanda Granja Coelho
Pregoeira

(54567)

PREFEITURA MUNICIPAL DOS BEZERROS FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE AVISO DE LICITAÇÕES

A C. P. L. da Prefeitura Municipal dos Bezerreros e o Fundo Municipal de Saúde, torna público para conhecimento dos interessados, que realizará licitações, na modalidade Pregão Presencial, tipo menor preço, regidos pela Lei nº 10.520/2002, pelo Decreto Municipal 525/2006 e subsidiariamente, pelas normas da lei 8.666/93, com as alterações posteriormente introduzidas. Os interessados poderão adquirir cópia dos Editais na sala de Reunião da C. P. L., localizada na Rua do Rosário, 137, primeiro andar, Centro, Bezerreros/PE, das 8:00h às 12:00h. Ou solicitando o Edital através do endereço de e-mail: edital.cplsaude.bezerreros@gmail.com
Pregão Presencial nº 021/2013 - Objeto: Contratação de empresa para fornecimento de material para realização de raios-X, para suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde. Dia 26/09/2013 às 11:30h
Pregão Presencial nº 023/2013 - Objeto: Contratação de empresa especializada no fornecimento, em regime de comodato, de uma seladora e uma incubadora leitura rápida, e fornecimento dos materiais necessários para os procedimentos, para suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde. Dia 27/09/2013 às 09:00h
Pregão Presencial nº 024/2013 - Objeto: Contratação de empresa especializada para contratação de seguro para um veículo (Ambulância) da Secretaria Municipal de Saúde. Dia 27/09/2013 às 10:00h
Pregão Presencial nº 027/2013 - Objeto: Contratação de empresa para fornecimento de material permanente hospitalar, para suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde. Dia 27/09/2013 às 11:00h
Pregão Presencial nº 028/2013 - Objeto: Contratação de empresa para fornecimento de medicamentos e material médico hospitalar, para suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde. Dia 30/09/2013 às 09:00h. Bezerreros, 12 de setembro de 2013. Alessandro Antonio da Silva - Pregoeiro.

(54564)



PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

**SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS**

Contrato de Gestão nº 004/2011
Termo Aditivo nº 2º
DGAJ/SES

SEGUNDO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato nº 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelhos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente **Dr. CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao **Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente **TERMO ADITIVO** tem por objeto informar a nova inscrição do número do CNPJ da **CONTRATADA**, no âmbito do **Contrato de Gestão número 004/2011**, referente à prestação dos serviços de saúde no Hospital Metropolitano Oeste-Pelópidas Silveira que passa a ser o seguinte: **CNPJ Nº 10.988.301/0006-33**, conforme documento de prova de inscrição no CNPJ em anexo.

CLÁUSULA SEGUNDA- DA VIGÊNCIA

O presente **TERMO ADITIVO** começa a vigorar a partir da data de sua assinatura.

AC

Paulo Marcelo Zerbini
Assessor Jurídico



PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

**SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS**

CLÁUSULA TERCEIRA – DA RATIFICAÇÃO

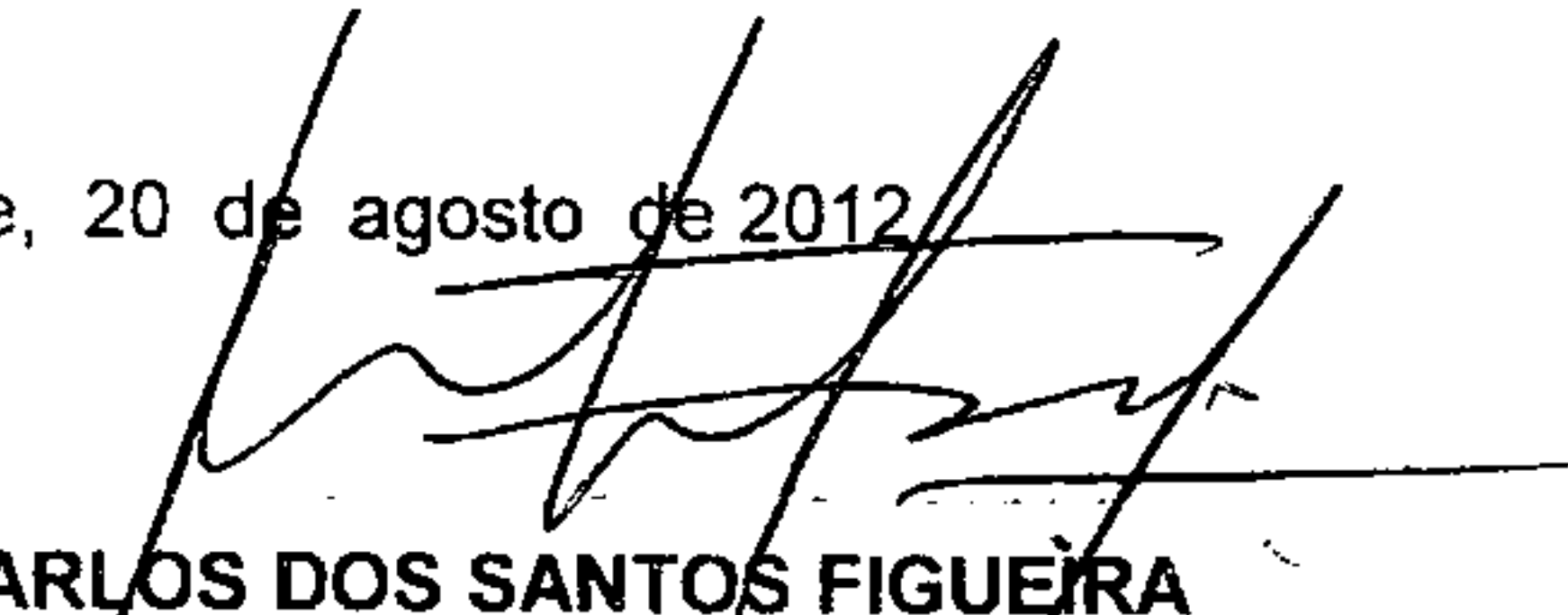
Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente TERMO ADITIVO.


CLÁUSULA QUARTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente TERMO ADITIVO, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.

E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, 20 de agosto de 2012.


ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETÁRIO
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE


CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
PRESIDENTE
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

1.

CPF/MF nº:

2.

CPF/MF nº:

AC


Assessor - GGAJISES



PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

**SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS**

Contrato de Gestão nº 004/2011
Termo Aditivo nº 3º
DGAJ/SES

TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A FUNDAÇÃO PROFESSOR MARTINIANO FERNANDES - IMIP HOSPITALAR, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ Nº 10.988.301/0006-33, com endereço à Rua dos Coelhoos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente **Dr. CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao **Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

Constitui objeto do presente Termo Aditivo a prorrogação do **Contrato de Gestão nº 04/2011** pelo período de 12 (doze) meses;

CLÁUSULA SEGUNDA- DA VIGÊNCIA

O prazo de vigência do presente **TERMO ADITIVO** será pelo período compreendido entre 01/01/2013 à 31/12/2013.

CLÁUSULA TERCEIRA - DO PREÇO E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

O valor total do presente **TERMO ADITIVO** é de **R\$ 64.920.576,00** (sessenta e quatro milhões, novecentos e vinte mil e quinhentos e setenta e seis reais), que será pago à **CONTRATADA** 12 (doze) parcelas mensais de **R\$ 5.410.048,00** (cinco milhões, quatrocentos e dez mil e setecentos e noventa e oito reais), mediante apresentação da(s) fatura(s) devidamente atestada(s) pelo setor competente do **CONTRATANTE**, sendo empenhado no momento o valor de **R\$ 15.929.283,86** (quinze milhões, novecentos e vinte e nove mil duzentos e oitenta e três reais e oitenta e seis centavos), com recursos oriundos da seguinte Dotação Orçamentária:

AC

Paulo Marcelo Sarpe
Assessor - GGAJ/SES

1



PERNAMBUCO
GOVERNO DO ESTADO

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

FONTES: 101 e 144

CÓDIGO UG: 530401

PROGRAMA DE TRABALHO: 10302.1033.4610B286

NATUREZA DA DESPESA: 3.3.50.41 e 3.3.50.43

NOTAS DE EMPENHO N^o: 2013NE001636 e 2013NE001290, ambas emitidas em 02/01/2013.

PARÁGRAFO ÚNICO. A referida Nota de Empenho garante o pagamento da quantia de **R\$ R\$ 15.929.283,86** (quinze milhões, novecentos e vinte e nove mil duzentos e oitenta e três reais e oitenta e seis centavos), devendo o valor restante ser complementado através de nota de empenho a ser emitida pelo setor competente, e posteriormente ser registrada por simples apostilamento, dispensando a celebração de aditamento, conforme disposição do art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA QUARTA – DA RATIFICAÇÃO

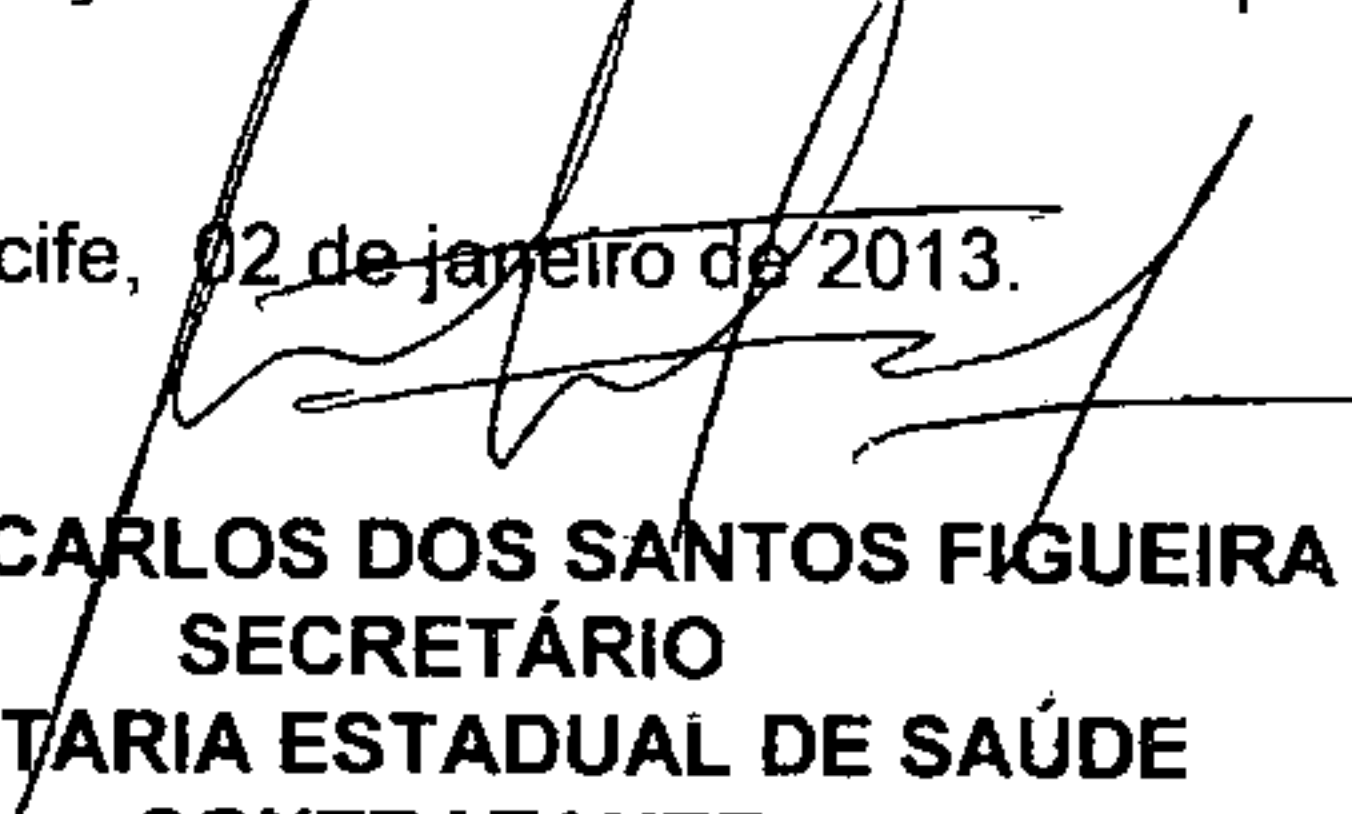
Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente **TERMO ADITIVO**.

CLÁUSULA QUINTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente **TERMO ADITIVO**, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.

E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, 02 de janeiro de 2013.


ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETÁRIO
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE


CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
PRESIDENTE

INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

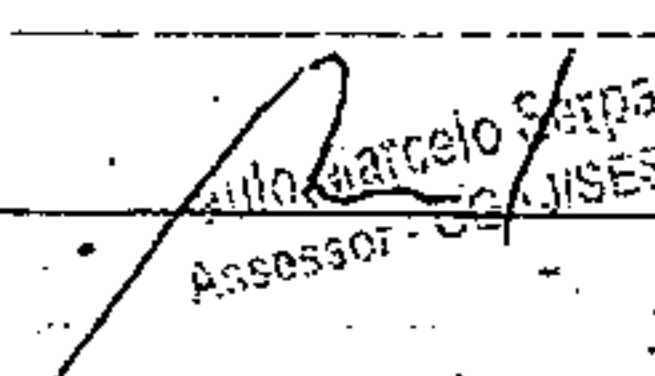
1.

2.

CPF/MF n^o:

CPF/MF n^o:

AC


Paulo Marcelo Sampaio
Assessor - G.G. JISES

QUARTO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

PROCESSO DE SELEÇÃO Nº 001/2011

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongü, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelho, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente Dr. **CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao **Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto do presente TERMO ADITIVO a repactuação de metas relativas aos serviços do Contrato de Gestão nº 04/11, conforme os termos da Nota Técnica nº 056/13, emitida pela Diretoria Geral de Modernização e Monitoramento à Assistência à Saúde - DGMMAS, que fica fazendo parte integrante do presente aditivo para os devidos fins legais, bem como em conformidade com os Anexos Técnicos que integram este instrumento.

PARÁGRAFO ÚNICO

É parte integrante deste Termo Aditivo:

- a) Anexo Técnico I – Descrição de Serviço
- b) Anexo Técnico II – Descrição dos Indicadores de Qualidade



CLÁUSULA SEGUNDA – DA REPACTUAÇÃO DE METAS

As metas assistenciais serão readequadas, em conformidade com o Anexo Técnico I, retroativa a partir do **mês de dezembro/12**.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO PRAZO

O prazo de vigência do presente TERMO ADITIVO será contado a partir da data de sua assinatura

CLÁUSULA QUARTA– DA RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente **TERMO ADITIVO**.

CLÁUSULA QUINTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente **TERMO ADITIVO**, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.

E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, 03 de junho de 2013.

ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE

CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA - IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

1.
CPF/MF nº:

2.
CPF/MF

ANEXO TÉCNICO I
DESCRIÇÃO DE SERVIÇOS

DAS NOVAS METAS ESTABELECIDAS:

I. INTRODUÇÃO

Este documento descreve as metas de produção que serão avaliados pela Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco na análise para repasse de 20% do valor global do Contrato de Gestão em seus respectivos **trimestres** de avaliação. A análise de cada indicador será mensal e a valoração financeira trimestral, conforme definido em contrato.

I. I VALORAÇÃO DA PARTE VARIÁVEL – INDICADOR DE PRODUÇÃO

Indicadores	Percentual %
Produção	20%

II. ESTRUTURA E VOLUME DE ATIVIDADES CONTRATADAS

II.I SAÍDAS HOSPITALARES

INTERNAÇÃO	dez/12	jan/13	fev/13	mar/13	abr/13	mai/13	jun/13	jul/13	ago/13	set/13	out/13	nov/13	TOTAL
	480	480	480	480	480	480	480	480	480	480	480	480	5.760

II.II ATENDIMENTO AMBULATORIAL

AMBULATORIAL	dez/12	jan/13	fev/13	mar/13	abr/13	mai/13	jun/13	jul/13	ago/13	set/13	out/13	nov/13	TOTAL
	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	2.520	30.240

II.III ATENDIMENTO URGÊNCIA

URGÊNCIA	dez/12	jan/13	fev/13	mar/13	abr/13	mai/13	jun/13	jul/13	ago/13	set/13	out/13	nov/13	TOTAL
	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	16.800

**ANEXO TÉCNICO II
DESCRIÇÃO DOS INDICADORES DE QUALIDADE**

I. INTRODUÇÃO

Este documento descreve os indicadores de qualidade que serão avaliados pela Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco na análise para o repasse de 10% do valor global do Contrato de Gestão em seus respectivos **trimestres** de avaliação. A análise de cada indicador será mensal e a valoração financeira trimestral, conforme definido em contrato.

II. AVALIAÇÃO DA PARTE VARIÁVEL

Para a avaliação dos indicadores referentes à parte variável do contrato o hospital deverá atingir as metas definidas para os seguintes indicadores: Qualidade da Informação, Atenção ao Usuário, Controle de Infecção Hospitalar e Mortalidade Operatória.

II. I VALORAÇÃO DA PARTE VARIÁVEL – INDICADOR DE QUALIDADE

Indicadores	Percentual %
Qualidade	10%

I. METAS E INDICADORES

Estabelecem-se como indicadores determinantes do pagamento da parte variável:

- Qualidade da Informação
- Atenção ao Usuário
- Controle de Infecção Hospitalar
- Mortalidade Operatória

A. Indicadores – Súmula da planilha de desconto da parte variável

Indicadores	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
Qualidade da Informação	25%	25%	25%	25%
Atenção ao usuário	25%	25%	25%	25%
Controle de Infecção Hospitalar	25%	25%	25%	25%
Mortalidade Operatória	25%	25%	25%	25%

Nota 1: O Valor ponderal corresponde ao total do desconto por indicador de qualidade em consonância ao mês que não atingir a meta proposta.

B. PLANILHA INDICADORES DE QUALIDADE DO HOSPITAL PELÓPIDAS SILVEIRA

INDICADORES DE QUALIDADE HOSPITAIS							
INDICADORES	DEFINIÇÃO/ SIGNIFICADO	MÉTODO DE CÁLCULO	FONTE DE EVIDENCIA	PADRAO/META	AVALIAÇÃO	PERIODO	TIPO
1º Qualidade da Informação	Apresentação de Autorização de Internação Hospitalar (AIH)	Avaliar a proporcionalidade de AIH em relação à atividade hospitalar (saídas). Considerando-se que os hospitais sob o contrato de gestão são emissores de AIH e, portanto não dependem de processo nas instâncias regionais da SES para liberação da documentação citada.	Numerador: nº das AIH apresentada do mês de competência Denominador: nº de total de saída Resultado: Multiplicado por 100	SIH/SUS	Apresentação de 90% das AIH referentes às saídas em cada mês de competência. Prazo de entrega é o 20º dia útil do mês subsequente.	Mensal	Trimestre
	Taxa de identificação da origem do paciente.	Conhecer a localidade de residência do paciente para avaliar a adequada inserção regional do hospital por meio da caracterização da origem da demanda. O indicador permite melhor planejamento regional dos serviços de saúde ao identificar fluxos de referência corretos e incorretos.	Numerador: Número de CEP válido Denominador: Número total de CEP apresentado Resultado: Multiplicado por 100 / Numerador: Número de CEP compatíveis com código de IBGE Denominador: Número total de CEP apresentado Resultado: multiplicado por 100	Código de Endereçamento Postal (CEP), Código do IBGE e Sistema Informações Hospitalar (SIH/SUS)	Atingir 90% de CEP válido e 90% de CEP compatíveis com o código IBGE	Mensal	Trimestre

25%

2º Atenção ao Usuário	Avaliar da percepção de qualidade de serviço pelos pacientes ou acompanhantes.	<p>Pesquisa de satisfação do usuário: Por meio dos questionários específicos, que deverão ser aplicados mensalmente em pacientes internados e acompanhantes e a pacientes atendidos nos ambulatórios dos hospitais, abrangendo 10% do total de pacientes em cada área de internação e 10% do total de pacientes atendidos em consulta no ambulatório</p>	<p>Pesquisa de satisfação do usuário. O Questionário será enviados ao hospital em meio eletrônico para aplicação e preenchimento da planilha de consolidação para preenchimento das respostas obtidas, dividindo as avaliações em três grupos: o de pacientes internados, o de acompanhantes de pacientes internados e o de pacientes em atendimento ambulatorial</p>	<p>Envio das planilhas de consolidação dos três grupos. Prazo de entrega até o 20º dia útil do mês subsequente.</p>	Mensal	Trimestre	25%
		<p>Resolução de Queixas Numerador: Total das queixas recebidas no mês de competência Denominador: Total das queixas resolvidas no mês de competência Resultado: Multiplicado por 100</p>		<p>Atingir a resolução de 80% das queixas recebidas. Prazo de entrega até o 20º dia útil do mês subsequente.</p>	Mensal		

<p style="text-align: center;">3º Controle de Infecção Hospitalar</p>	<p>Avaliar a qualidade da assistência na área de infecção hospitalar apresentamos os indicadores: Densidade de Infecção Hospitalar em UTI Adulto, Densidade de Incidência de Infecção Hospitalar em Corrente Sangüínea associada a Cateter Venoso Central em UTI Adulto, Taxa de Utilização de Cateter Venoso Central na UTI Adulto. O Hospital deverá enviar um relatório mensal, elaborado pela Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, para a UTI Adulto que contenha o valor das taxas no mês, a análise dos resultados encontrados no período em relação à mediana e/ou diagrama de controle e as medidas implementadas, quando se fizerem necessárias</p>	<p>Definições: Densidade de Infecção Hospitalar em UTI Adulto: número de episódios de infecção hospitalar na UTI no mês dividido pelo número de pacientes-dia da UTI no mês, multiplicado por 1000. - Taxa de Utilização de Cateter Venoso Central na UTI Adulto: número de pacientes com cateter central-dia no mês dividido por número de pacientes-dia no mesmo período. -Os critérios adotados são os estabelecidos pelo NNISS (National Nosocomial Infection Surveillance System) que é a metodologia utilizada pelo CDC (Center for Disease Control)-EUA. Obs: As infecções primárias da corrente sanguínea incluem as infecções confirmadas laboratorialmente e as sepses clínicas.</p>	<p style="text-align: center;">Relatório da comissão de infecção</p>	<p style="text-align: center;">Enviar o relatório pertinente a comissão responsável. Prazo de entrega é o 20º dia útil do mês subsequente.</p>	<p style="text-align: center;">Mensal</p>	<p style="text-align: center;">Trimestre</p>	<p style="text-align: center;">25%</p>
--	--	--	--	---	---	--	--

<p style="text-align: center;">4º Mortalidade Operatória</p>	<p>Monitorar o desempenho assistencial na área de cirurgia acompanharemos como indicadores a Taxa de Mortalidade Operatória estratificada por Classes (de 1 a 5) da Classificação da American Society of Anesthesiology do Average Score of Anesthesiology (ASA) e a Taxa de Cirurgias de Urgência.</p>	<p>Taxa de Mortalidade Operatória: número de óbitos ocorridos até sete dias após o procedimento cirúrgico classificados por ASA no mês dividido pelo número total de cirurgias realizadas no mês, multiplicado por 100. Taxa de Cirurgia de Urgência: Número de cirurgias de urgência realizadas no mês dividido pelo número total de cirurgias realizadas no mês, multiplicado por 100.</p>	<p>Relatório da comissão de óbito</p>	<p>Enviar o relatório pertinente a comissão responsável. Prazo de entrega é o 20º dia útil do mês subsequente.</p>	<p>Mensal</p>	<p>Trimestre</p>	<p>25%</p>
---	---	--	---------------------------------------	---	---------------	------------------	------------



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

QUINTO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

PROCESSO DE SELEÇÃO Nº 001/2011

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelhoos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente Dr. **CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao **Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente **TERMO ADITIVO** tem por objeto o acréscimo de serviços referente à contratualização de 25 angiografias cerebrais e 15 intervenções terapêuticas no serviço de neuroradiologia intervencionista/mês no âmbito do Contrato de Gestão nº 04/11, acarretando o aumento do percentual aproximado de **5,56% (cinco vírgula cinquenta e seis por cento)** ao valor mensal do contrato, correspondente ao importe de **R\$ 301.040,00 (trezentos e um mil e quarenta reais)**, conforme os termos da Nota Técnica, emitida pela Diretoria Geral de Modernização e Monitoramento à Assistência à Saúde - DGMMAS, que fica fazendo parte integrante do presente aditivo para os devidos fins legais, bem como em conformidade com o Anexo Técnico que integra este instrumento.

PARÁGRAFO ÚNICO

É parte integrante deste Termo Aditivo:

- a) Anexo Técnico I – Estrutura e Volume de Atividades Contratadas.
- b) Nota Técnica emitida pela DGMMAS.

CLÁUSULA SEGUNDA – DOS SERVIÇOS

As metas assistenciais, objeto do presente TERMO ADITIVO serão adequadas, em conformidade com o Anexo Técnico I, retroativa ao **mês de março/13**.

PARÁGRAFO ÚNICO: Caberá a **CONTRATADA** enviar mensalmente relatórios ao **CONTRATANTE** para fins de comprovação da efetividade da prestação dos serviços, objeto do presente Termo Aditivo, cujos valores caso ultrapassados ou não serão repassados ou descontados ao término final a cada 12(doze) meses, podendo ainda as referidas metas neste período serem repactuadas em consonância com a real necessidade dos serviços.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO PRAZO

O prazo de vigência do presente TERMO ADITIVO será de 08 (oito) meses, contados a partir da data de sua assinatura.

CLÁUSULA QUARTA– DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Pela prestação dos serviços, objeto do presente TERMO ADITIVO, o **CONTRATANTE** repassará à **CONTRATADA** o valor total de **R\$ 3.612.480,00 (três milhões, seiscentos e doze mil e quatrocentos e oitenta reais)**, o qual será pago com os recursos oriundos da seguinte Dotação Orçamentária:

FONTE: 0101

CÓDIGO UG: 530401

PROGRAMA DE TRABALHO: 10302.1033.4610.B286

NATUREZA DA DESPESA: 3300

NOTA DE EMPENHO Nº: 2013NE013196, emitida em 01/08/2013

PARÁGRAFO ÚNICO. A referida Nota de Empenho garante o pagamento da quantia de **R\$ 3.010.400,00 (três milhões, dez mil e quatrocentos reais)**, devendo o valor restante ser complementado através de nota de empenho a ser emitida pelo setor competente, e posteriormente ser registrada por simples apostilamento, dispensando a celebração de aditamento, conforme disposição do art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA QUINTA– DA RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente **TERMO ADITIVO**.



CLÁUSULA SEXTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente **TERMO ADITIVO**, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.

E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, 01 de agosto de 2013.

ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETÁRIO
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE

CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
DIRETOR
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA - IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

1.
CPF/MF nº:

2.
CPF/MF

ANEXO TÉCNICO I

I. ESTRUTURA E VOLUME DE ATIVIDADES CONTRATADAS

Este documento descreve as metas de produção que serão monitoradas pela Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco.

I.1 ANGIOGRAFIAS CEREBRAIS

	Mar/13	Abr/13	Mai/13	Jun/13	Jul/13	Ago/13	Set/13	Out/13	Nov/13	Dez/13	TOTAL
	25	25	25	25	25	25	25	25	25	25	500

I.2 INTERVENÇÕES TERAPÊUTICAS

	Mar/13	Abr/13	Mai/13	Jun/13	Jul/13	Ago/13	Set/13	Out/13	Nov/13	Dez/13	TOTAL
	15	15	15	15	15	15	15	15	15	15	150

SEXTO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA.

PROCESSO DE SELEÇÃO Nº 001/2011

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongü, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelho, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente Dr. **CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao **Contrato de Gestão nº 004/011**, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente **TERMO ADITIVO** tem por objeto o acréscimo de serviços referente à hemodiálise, no âmbito do **Contrato de Gestão nº 04/11**, acarretando o aumento do percentual aproximado de ao valor mensal do contrato, correspondente ao importe de **R\$ 96.000,00 (noventa e seis mil reais)**, conforme os termos da Nota Técnica nº 155/13, emitida pela Diretoria Geral de Modernização e Monitoramento à Assistência à Saúde - DGMMAS, que fica fazendo parte integrante do presente aditivo para os devidos fins legais, bem como em conformidade com o Anexo Técnico que integra este instrumento.

PARÁGRAFO ÚNICO

É parte integrante deste Termo Aditivo:

- a) Anexo Técnico I – Estrutura e Volume de Atividades Contratadas.
- b) Nota Técnica emitida pela DGMMAS.

CLÁUSULA SEGUNDA – DOS SERVIÇOS

As metas assistenciais, objeto do presente TERMO ADITIVO serão adequadas, em conformidade com o Anexo Técnico I, retroativa ao **mês de agosto/13**.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO PRAZO

O prazo de vigência do presente TERMO ADITIVO será de 12 (doze) meses, contados a partir da data de sua assinatura.

CLÁUSULA QUARTA – DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Pela prestação dos serviços, objeto do presente TERMO ADITIVO, o CONTRATANTE repassará à CONTRATADA o valor total de **R\$ 1.152.000,00 (hum milhão cento e cinquenta e dois mil reais)**, tendo sido empenhado o valor de **R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais)**, o qual será pago com os recursos oriundos da seguinte Dotação Orçamentária:

FONTES: 101

CÓDIGO UG: 530401

PROGRAMA DE TRABALHO: 10302.1033.4610B286

NATUREZA DA DESPESA: 3.3.00.00

NOTA DE EMPENHO Nº: 2013NE013786, emitida em 01/08/2013

CLÁUSULA QUINTA – DA RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e disposições do Contrato original que não tenham sido expressa ou tacitamente revogadas pelo presente **TERMO ADITIVO**.

CLÁUSULA SEXTA – DO FORO

Fica, desde já, eleito pelas partes o foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como único para dirimir qualquer divergência ou dúvida oriunda do presente **TERMO ADITIVO**, com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que se configure.



E, por estarem justos e acordados, os contratantes firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo e para que produzam os seus efeitos legais.

Recife, de de 2013.

ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETÁRIO
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE

CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
DIRETOR
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA - IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

1.
CPF/MF nº:

2.
CPF/MF

ANEXO TÉCNICO I

I. ESTRUTURA E VOLUME DE ATIVIDADES CONTRATADAS

Este documento descreve as metas de produção que serão monitoradas pela Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco.

I.I SESSÃO DE HEMODIÁLISE

Mar/13	Abr/13	Mai/13	Jun/13	Jul/13	Ago/13	Set/13	Out/13	Nov/13	Dez/13	TOTAL
148	148	148	148	148	148	148	148	148	148	1.776



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

Contrato de Gestão nº 04/2011
Termo Aditivo nº 7º
DGAJ/SES

SÉTIMO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011 CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE PERNAMBUCO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES E A INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP, QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA OPERACIONALIZAR A GESTÃO E EXECUTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE - PELÓPIDAS SILVEIRA, NA FORMA E CONDIÇÕES ABAIXO ESTIPULADAS.

PROCESSO DE SELEÇÃO Nº 001/2011

Pelo presente instrumento, de um lado o **ESTADO DE PERNAMBUCO**, por intermédio da **SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE - SES**, com sede nesta cidade na Rua Dona Maria Augusta Nogueira, 519, Bongi, Recife, Estado de Pernambuco, CEP: 50.751-530, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA**, brasileiro, casado, médico, portador da Cédula de Identidade nº 1.840.014 SDS/PE e CPF/MF nº 302.396.994-91, nomeado pelo Ato n.º 188, de 18/01/2011, publicado no D.O.E. em 19/01/2011, residente e domiciliado nesta cidade do Recife, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA- IMIP**, com CNPJ/MF nº 10.988.301/0001-29, com endereço à Rua dos Coelhoos, 300, Boa Vista, Recife, CEP: 50.070-550, neste ato representado por seu diretor presidente **Dr. CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES**, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado na Avenida Boa Viagem, 296/703, Boa Viagem. CEP: 51011-000, portador da carteira de identidade nº 466.847- SSP/PE, com inscrição no CRM nº 1.631 e CPF/MF 000.005.824-68, doravante denominada **CONTRATADA**, doravante denominada **CONTRATADA**, têm justo e acordado o presente **TERMO ADITIVO** ao Contrato de Gestão nº 004/011, de acordo com as cláusulas e condições abaixo aduzidas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto do presente Aditivo a **PRORROGAÇÃO** da vigência do Contrato de Gestão nº 04/2011, a **repactuação financeira** e de metas assistenciais, conforme os termos da Nota Técnica e planilha em anexo, bem como a **ADEQUAÇÃO** dos seus termos às disposições da Lei Estadual nº 15.210/2013, com a sua consequente rerratificação e consolidação.

CLÁUSULA SEGUNDA – DA PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/2011

O prazo de vigência do presente **CONTRATO** passará a ser de 02(dois) anos, contados da assinatura do presente termo, renovável por sucessivos períodos, **até o limite máximo de 17 de outubro de 2021**, quando completará 10 (dez) anos e desde que reste demonstrada a vantajosidade da medida e o pleno atendimento das metas pactuadas, conforme parecer elaborado pela Comissão de Avaliação e aprovado pelo Secretário ou por quem ele delegar,



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

conforme disposto no inciso X, do art. 10 da Lei Estadual nº 15.210/2013.

CLÁUSULA SEGUNDA – DA REPACTUAÇÃO DE METAS

As metas assistenciais serão readequadas, em conformidade com os Anexos Técnicos I e II a partir do mês de maio/14.

CLÁUSULA TERCEIRA – DA REPACTUAÇÃO FINANCEIRA

O valor mensal que é repassado pelo **CONTRATANTE** à **CONTRATADA** de R\$ **5.506.048,00** (cinco milhões, quinhentos e seis mil, quarenta e quarenta e oito reais), sofrerá a partir de janeiro/2014, o reajuste de **8,83%** (oito vírgula oitenta e três por cento), totalizando o importe mensal de R\$ 5.992.232,04 (cinco milhões, novecentos e noventa e dois mil, duzentos e trinta e dois reais e quatro centavos), o qual, foi acrescido o valor de R\$ 301.040,00 (trezentos e um mil e quarenta reais), referente a prestação dos serviços de hemodinâmica, totalizando o importe de R\$ **6.293.272,04** (seis milhões, duzentos e noventa e três mil, duzentos e setenta e dois reais e quatro centavos).

CLÁUSULA QUARTA - DA CONSOLIDAÇÃO

Em decorrência do disposto na Lei Estadual nº 15.210/2013, que dispõe sobre as Organizações Sociais de Saúde – OSS, no âmbito do Estado de Pernambuco, as partes resolvem dar nova forma ao Contrato de Gestão nº 04/2011, rerratificando-o, para adequar os seus termos à referida Lei, passando o mesmo a ter, após consolidado, a seguinte redação:

DA CONSOLIDAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 04/11

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente **CONTRATO** tem por objeto o gerenciamento, a operacionalização e a execução de ações e serviços de saúde a serem prestados pela **CONTRATADA** no **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, doravante designada simplesmente **HOSPITAL PELÓPIDAS SILVEIRA**, localizado à BR 232, Km 06, Recife, em regime de 24 horas/dia, que assegure assistência universal e gratuita à população.

PARÁGRAFO ÚNICO

Fazem parte integrante deste **CONTRATO**:

- a) Anexo Técnico I – Descrição de Serviços
- b) Anexo Técnico II – Indicadores de Qualidade;
- c) Anexo Técnico III – Sistema de Pagamento;
- d) Anexo Técnico IV – Inventário e Avaliação de Bens

Paulo Marcelo Serpa
Assessor - GGAJ/SES



CLÁUSULA SEGUNDA - DA PERMISSÃO DE USO DOS BENS

Os bens móveis descritos no Anexo Técnico IV (Inventário e Avaliação de Bens) do contrato *mater*, bem como o imóvel de propriedade do Estado de Pernambuco referente à **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, têm o seu uso permitido pela **CONTRATADA** durante a vigência do presente Contrato, nos termos do art. 23 da Lei nº. 15.210/2013.

PARÁGRAFO ÚNICO

O inventário e a avaliação dos bens relacionados no Anexo Técnico IV do Contrato *mater* foram devidamente aprovados pelas partes contratantes.

CLÁUSULA TERCEIRA - DO COMPROMISSO DAS PARTES

3.1 - DA CONTRATADA

Compromete-se a **CONTRATADA**:

3.1.1 - Assegurar a organização, administração e gerenciamento do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, objeto do presente Contrato, através do desenvolvimento de técnicas modernas e adequadas que permitam o desenvolvimento da estrutura funcional e a manutenção física da referida unidade e de seus equipamentos, além do provimento dos insumos (materiais), medicamentos, instrumentos e serviços necessários à garantia do pleno funcionamento do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**

3.1.2 - Assistir de forma abrangente os usuários que demandem o **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, procedendo aos devidos registros do SIA/SUS segundo os critérios da **CONTRATANTE** e do Ministério da Saúde;

3.1.2.1 – Realizar atendimento exclusivo aos usuários do SUS;

3.1.3 - Garantir, nas 24 horas do dia o exercício **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA** quadro de recursos humanos qualificados e compatíveis com o porte da unidade e serviços combinados, conforme estabelecido nas normas ministeriais atinentes à espécie, estando definido, como parte de sua infraestrutura técnico-administrativa.

3.1.4 - Adotar identificação especial (crachá) e fardamento de boa qualidade para todos os seus empregados, assim como assegurar a sua frequência, pontualidade e boa conduta profissional;

3.1.5 - Incluir, na implantação da imagem corporativa e dos uniformes dos trabalhadores, o logotipo da SES e do SUS;

3.1.6 - Responder pelas obrigações, despesas, encargos trabalhistas, securitários, previdenciários e outros, na forma da legislação em vigor, relativos aos empregados utilizados na execução dos serviços ora contratados, sendo-lhe defeso invocar a



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

existência deste Contrato para eximir-se daquelas obrigações ou transferi-las à **CONTRATANTE**;

3.1.7 - Responsabilizar-se integralmente por todos os compromissos assumidos neste Contrato de Gestão;

3.1.8 - Manter registro atualizado de todos os atendimentos efetuados na unidade disponibilizando a qualquer momento à **CONTRATANTE** e às auditorias do SUS, as fichas de atendimento dos usuários, assim como todos os demais documentos que comprovem a confiabilidade e segurança dos serviços prestados no **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**

3.1.9 - Apresentar a **CONTRATANTE** até o 5º dia do mês seguinte, a Nota Fiscal/Fatura dos serviços efetivamente executados no mês anterior, na forma que lhe for indicada pela **CONTRATANTE**;

3.1.10 - Providenciar e manter atualizadas todas as licenças e alvarás junto aos órgãos competentes, necessários à execução dos serviços objeto do presente Contrato;

3.1.11 - Arcar com todo e qualquer dano ou prejuízo, de qualquer natureza, causados à **CONTRATANTE** e/ou a terceiros por sua culpa, em consequência de erro, negligência ou imperícia, própria ou de auxiliares que estejam sob sua responsabilidade na execução dos serviços contratados;

3.1.12 - Consolidar a imagem do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, como centro de prestação de serviços públicos da rede assistencial do Sistema Único de Saúde - SUS, comprometido com sua missão de atender às necessidades terapêuticas dos pacientes, primando pela melhoria na qualidade da assistência;

3.1.13 - Manter em perfeitas condições de higiene e conservação as áreas físicas, instalações e equipamentos da unidade em questão, cabendo-lhe manter e conservar todo o patrimônio público destinado à execução do contrato de gestão;

3.1.14 - Prestar assistência técnica e manutenção preventiva e corretiva de forma contínua aos equipamentos e instalações hidráulicas, elétricas e de gases em geral;

3.1.15 - Devolver à **CONTRATANTE**, após o término de vigência deste Contrato, toda área, equipamentos, instalações e utensílios, objeto do presente Contrato, em perfeitas condições de uso, respeitado o desgaste natural pelo tempo transcorrido. Os bens móveis permitidos em uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, que passam a integrar o patrimônio do Estado, após prévia avaliação e expressa autorização do **CONTRATANTE**;

3.1.16 - Receber através de seu preposto, os bens inventariados na forma do Anexo Técnico IV, quando da assinatura do presente Contrato e, de forma idêntica, devolvê-los no término da vigência contratual;

3.1.17 - Dispor da informação oportuna sobre o local de residência dos pacientes atendidos ou que lhe sejam referenciados para atendimento, registrando minimamente



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

a definição do município de residência dos mesmos, por razões de planejamento das atividades assistenciais;

3.1.18 - Encaminhar à **CONTRATANTE**, nos prazos e instrumentos por ela definidos, todos os relatórios e informações sobre a execução do Contrato, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados.

3.1.19 – Encaminhar a **CONTRATANTE** as informações de que trata o item anterior, segundo os modelos por ela elaborados, até o dia 20 (vinte) do mês imediatamente subsequente ao das atividades desenvolvidas, ou no dia útil que lhe for imediatamente posterior;

3.1.20 – Encaminhar à Contratante o Demonstrativo de Informações Financeiras até o 5º dia do segundo mês de competência às informações;

3.1.21 - A **CONTRATADA** providenciará, ao final de cada exercício e ao final da execução deste Contrato, a publicação no Diário Oficial do Estado de Pernambuco da prestação de contas anual, disponibilizando o relatório integral em seu sítio eletrônico, nos moldes do § 2º e 3º do Artigo 14 da Lei Estadual nº 15.210/2013.

3.1.22 - Em relação aos direitos dos pacientes, a **CONTRATADA** obriga-se a:

- a) Manter sempre atualizado o prontuário médico dos pacientes e o arquivo médico considerando os prazos previstos em lei;
- b) Não utilizar nem permitir que terceiros utilizem o paciente para fins de experimentação;
- c) Justificar ao paciente ou ao seu representante, por escrito, as razões técnicas alegadas quando da decisão da não realização de qualquer ato profissional previsto neste Contrato;
- d) Esclarecer aos pacientes sobre seus direitos e assuntos pertinentes aos serviços oferecidos;
- e) Respeitar a decisão do paciente ao consentir ou recusar prestação de serviços de saúde, salvo nos casos de iminente perigo de vida ou obrigação legal;
- f) Garantir a confidencialidade dos dados e informações relativas aos pacientes;
- g) Assegurar a presença de um acompanhante, em tempo integral, no **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, nas observações de adolescentes, portadores de necessidades especiais e idosos.

3.1.23 - Fornecer ao paciente por ocasião de sua dispensa do relatório circunstanciado do atendimento que lhe foi prestado, denominado "**INFORME DE ATENDIMENTO DO HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**;", do qual devem constar, no mínimo, os seguintes dados:

- a) Nome do paciente;
- b) Nome do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**
- c) Localização do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, (endereço, município, estado);
- d) Motivo do atendimento (CID-10);
- e) Data de atendimento;
- f) Procedimentos realizados;



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

g) Diagnóstico principal de alta e diagnósticos secundários a alta;
h) O cabeçalho do documento deverá conter o seguinte esclarecimento: "Esta conta deverá ser paga com recursos públicos".

3.1.24 - A **CONTRATADA** deverá, quando do fornecimento do Informe do atendimento, colher a assinatura do paciente, ou de seus representantes legais, na segunda via do documento, que deverá ser arquivado no prontuário do paciente, observando-se as exceções previstas em lei;

3.1.25 - Incentivar o uso seguro de medicamentos tanto ao paciente internado como ao ambulatorial, procedendo à notificação de suspeita de reações adversas, através de formulários e sistemáticas da SES;

3.1.26 - Implantar, após prévia aprovação da SES, um modelo normatizado de pesquisa de satisfação pós-atendimento.

3.1.27 - Realizar seguimento, análise e adoção de medidas de melhoria diante das sugestões, queixas e reclamações que receber com respostas aos usuários, no prazo máximo de 30 dias úteis;

3.1.28 - Implantar um Serviço de Atendimento ao Usuário, conforme diretrizes estabelecidas pela SES, encaminhando mensalmente relatório de suas atividades;

3.1.29 - Identificar suas carências em matéria diagnóstica e/ou terapêutica que justifiquem a necessidade do encaminhamento de pacientes a outros serviços de saúde, apresentando à SES, mensalmente, relatório dos encaminhamentos ocorridos;

3.1.30 - Não adotar nenhuma medida unilateral de mudanças na carteira de serviços, nos fluxos de atenção consolidados, no número de médicos contratados, nem na estrutura física do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, sem prévia ciência e aprovação da SES;

3.1.31 - Alcançar os índices de produção e qualidade definidos nos Anexos Técnicos I e III deste Contrato;

3.1.32 - Para qualquer intervenção na estrutura física ou aquisição de novos equipamentos a **CONTRATADA** deverá submeter à **CONTRATANTE** o respectivo projeto, acompanhado das planilhas orçamentárias para prévia análise e aprovação do órgão supervisor.

3.1.34 - Possuir e manter em pleno funcionamento, no mínimo, as seguintes Comissões Clínicas:

- Comissão de Prontuários Médicos
- Comissão de Óbitos
- Comissão de Ética Médica

3.1.35 - Possuir e manter um Núcleo de Manutenção Geral - NMG que contemple as áreas de manutenção predial, hidráulica, e elétrica, assim como um serviço de gerenciamento de Risco e de Resíduos sólidos na unidade, bem como manter o núcleo de engenharia clínica para o bom desempenho dos equipamentos.



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

para o uso ou pelo desgaste natural pelo tempo transcorrido, quando solicitado e devidamente justificado, desde que não tenha sido por má utilização ou ausência de manutenção.

3.2.2.1 – A substituição referida no item anterior poderá ser realizada diretamente pela SES ou através de repasse de recurso à Contratada destinado para esse fim.

3.2.3 - Prover a **CONTRATADA** dos recursos financeiros necessários à execução deste Contrato e a programar, nos orçamentos dos exercícios subseqüentes, quando for o caso, os recursos necessários para custear os seus objetivos, de acordo com o sistema de pagamento previsto;

3.2.3.1 – Repassar, através de Termo Aditivo, à **CONTRATADA** os recursos financeiros para os investimentos que se façam necessários no decorrer da execução contratual, a fim de possibilitar o cumprimento das metas contratadas e garantir serviços de qualidade à população, bem como assegurar todas as condições para a execução das ações e serviços de saúde na Unidade objeto do presente Contrato;

3.2.3.2 – Para adequação de infra-estrutura e equipamentos apenas serão repassados recursos ou autorizada a utilização destes após a aprovação do Plano de Investimento a ser apresentado pela **CONTRATADA**.

3.2.4 - Prestar esclarecimentos e informações à **CONTRATADA** que visem a orientá-la na correta prestação dos serviços contratados, dirimindo as questões omissas neste instrumento dando-lhe ciência de qualquer alteração no presente Contrato;

3.2.5 - Desenvolver o controle e a avaliação periódica do contrato observando "in loco" a execução das atividades de assistência aos usuários no **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**;

3.2.6 – Garantir à Contratada, no âmbito de sua competência, as condições necessárias à execução das ações e serviços de saúde para a organização, administração e gerenciamento do **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, excluídas as obrigações daquela.

3.2.7 - Analisar a viabilidade de utilização, se houver, do saldo financeiro ao final da execução anual, para autorizar a utilização deste em investimentos na unidade, através de Termo de Aditivo ao contrato de gestão.

PARÁGRAFO ÚNICO

É vedada a cessão total ou parcial do presente contrato, sem prévia e expressa autorização do Poder Público.

CLÁUSULA QUARTA – DOS RECURSOS FINANCEIROS

Os recursos financeiros para a execução do objeto deste Contrato serão alocados para a **CONTRATADA** mediante transferências oriundas do **CONTRATANTE**, sendo permitido à **CONTRATADA** o recebimento de doações e contribuições de entidades nacionais e estrangeiras, rendimentos de aplicações dos ativos financeiros da



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

Organização Social e de outros pertencentes ao patrimônio que estiver sob a administração da OS, ficando-lhe, ainda, facultado contrair empréstimos com organismos nacionais e internacionais.

CLÁUSULA QUINTA – DO REPASSE DE RECURSOS

Para a execução do objeto do presente Contrato, a **CONTRATANTE** repassará à **CONTRATADA**, no prazo e condições constantes deste instrumento e seus anexos, a importância global estimada de **R\$ 75.519.264,48 (setenta e cinco milhões, quinhentos e dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos)** no exercício de 2014 para fins de cumprimento dos serviços pactuados nos termos do Anexo Técnico I, parte integrante deste instrumento.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

O valor pactuado será repassado pela **CONTRATANTE**, de acordo com o cronograma de desembolso previsto na Cláusula Sétima deste Contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO

Os recursos destinados ao presente Contrato de Gestão serão empenhados globalmente em montante correspondente às despesas previstas até dezembro de 2014, devendo ser consignado na lei orçamentária do exercício seguinte o montante remanescente relativo aos meses de execução do Contrato no exercício de 2015.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Os recursos repassados à **CONTRATADA** poderão ser aplicados no mercado financeiro, desde que os resultados dessa aplicação revertam-se, exclusivamente, aos objetivos deste Contrato.

CLÁUSULA SEXTA – DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Pela prestação dos serviços, objeto do contrato ora aditado, o **CONTRATANTE** pagará à **CONTRATADA** o valor total estimado de **R\$ 75.519.264,48 (setenta e cinco milhões, quinhentos e dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos)**, sendo pago em 12 (doze) parcelas mensais de **R\$ 6.293.272,04 (seis milhões, duzentos e noventa e três mil, duzentos e setenta e dois reais e quatro centavos)**, mediante apresentação da nota fiscal/fatura devidamente atestada pelo setor competente do **CONTRATANTE**, conforme a seguinte dotação orçamentária a seguir especificada:

FONTES: 0144 e 0101

CÓDIGO UG: 530401

PROGRAMA DE TRABALHO: 10.302.1033.4610.B286

NATUREZA DA DESPESA: 3.3.00.00

NOTAS DE EMPENHO Nsº: 2014NE000394 e 2014NE000746, ambas emitidas em 02/01/2014.



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

PARÁGRAFO PRIMEIRO:

As referidas Notas de Empenho garantem o pagamento da quantia de R\$ **62.460.534,08** (sessenta e dois milhões, quatrocentos e sessenta mil, quinhentos e trinta e quatro reais e oito centavos), devendo o valor restante ser complementado através de nota de empenho a ser emitida pelo setor competente, e posteriormente ser registrada por simples apostilamento, dispensando a celebração de aditamento, conforme disposição do art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA SÉTIMA - DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

O pagamento do valor constante da Cláusula Quinta será efetuado conforme definido nas condições a seguir estabelecidas:

I- Em razão da repactuação efetivada através do presente Termo Aditivo, o valor global anual a ser repassado pelo CONTRATANTE à CONTRATADA até 4 está estimado em R\$ **75.519.264,48** (setenta e cinco milhões, quinhentos e dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), mediante a liberação de 12 (doze) parcelas mensais consecutivas de R\$ **6.293.272,04** (seis milhões, duzentos e noventa e três mil, duzentos e setenta e dois reais e quatro centavos), cujo valor é composto de uma parte fixa correspondente a 70% do orçamento mensal, e uma parte variável correspondente a 20% calculada com base na produção e 10% calculada com base os indicadores de qualidade.

II - As parcelas referidas no item anterior serão pagas mensalmente até o quinto dia útil após o recebimento da nota fiscal/fatura dos serviços efetivamente executados no mês anterior.

PARÁGRAFO ÚNICO. As parcelas de valor variável serão pagas mensalmente, junto com a parte fixa e os eventuais ajustes financeiros decorrentes da avaliação do alcance das metas variáveis serão realizados nos meses subseqüentes à análise dos indicadores estabelecidos, na forma disposta no contrato e seus aditivos.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

As metas contratuais serão avaliadas trimestralmente, e, em caso de não cumprimento, será efetuado desconto de até 30%, observado o disposto no Anexo II.

PARÁGRAFO SEGUNDO

As parcelas de valor variável serão pagas mensalmente, junto com a parte fixa, e os eventuais ajustes financeiros a menor decorrentes da avaliação do alcance das metas das partes variáveis serão realizados nos meses subseqüentes à análise dos indicadores estabelecidos (avaliação trimestral), na forma disposta neste Contrato e seus Anexos.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Havendo atrasos nos desembolsos previstos no cronograma de pagamento, a



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

CLÁUSULA NONA – DO ACOMPANHAMENTO E DA AVALIAÇÃO DE RESULTADOS

O acompanhamento e a fiscalização deste Contrato serão realizados por órgão competente da Secretaria Estadual de Saúde.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

O órgão competente da **CONTRATANTE** responsável pelo acompanhamento, fiscalização e avaliação deste Contrato de Gestão emitirá relatório técnico trimestral sobre os resultados alcançados pela **CONTRATADA** quanto à execução do contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO

O Órgão referido nesta cláusula encaminhará o relatório técnico trimestral à Comissão Mista de Avaliação até o último dia do mês subsequente à realização da avaliação de cada trimestre.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Ao final de cada exercício financeiro será elaborada a consolidação dos relatórios técnicos emitidos pelo órgão de acompanhamento e avaliação, para a análise do Secretário ou por quem ele delegar e autorização quanto à prorrogação do Contrato.

PARÁGRAFO QUARTO

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.

CLÁUSULA DÉCIMA – DO PRAZO

O prazo de vigência do presente **CONTRATO** passará a ser de 02(dois) anos, contados da assinatura do presente, renovável por sucessivos períodos, até o limite máximo de 17 de novembro de 2021, quando completará 10 (dez) anos e desde que reste demonstrada a vantajosidade da medida e o pleno atendimento das metas pactuadas, conforme parecer elaborado pela Comissão de Avaliação e aprovado pelo Secretário ou por quem ele delegar, conforme disposto no inciso X, do art. 10 da Lei Estadual nº 15.210/2013.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DA REPACTUAÇÃO, RENEGOCIAÇÃO E REEQUILÍBRIO.

O presente Contrato poderá ser alterado, mediante revisão das metas e dos valores financeiros inicialmente pactuados, desde que prévia e devidamente justificada, com a aceitação de ambas as partes e a autorização da autoridade competente, mediante



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

PARÁGRAFO SEGUNDO

Cabe à **CONTRATADA**, obrigatoriamente, a publicação anual, no Diário Oficial do Estado, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do presente Contrato de Gestão.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO SERVIÇO TRANSFERIDO

Na hipótese de risco quanto à continuidade dos serviços de saúde prestados à população pela **CONTRATADA**, a **CONTRATANTE** poderá assumir imediatamente a execução dos serviços objeto deste Contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DA RESCISÃO

A rescisão do Contrato poderá ser efetivada:

I - por ato unilateral da **CONTRATANTE**, na hipótese de descumprimento, por parte da **CONTRATADA**, ainda que parcial, das cláusulas que inviabilizem a execução de seus objetivos e metas previstas no presente Contrato, decorrentes de má gestão, culpa e/ou dolo;

II - por acordo entre as partes reduzido a termo, tendo em vista o interesse público;

III - por ato unilateral da **CONTRATADA** na hipótese de atrasos dos repasses devidos pela **CONTRATANTE** superior a 60 (sessenta) dias da data fixada para o pagamento, cabendo à **CONTRATADA** notificar a **CONTRATANTE**, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, informando do fim da prestação dos serviços contratados.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Verificada qualquer uma das hipóteses de rescisão contratual, o **CONTRATANTE** providenciará a revogação da permissão de uso existente em decorrência do presente instrumento, aplicará as sanções legais cabíveis e promoverá a desqualificação da entidade como Organização Social, pelo Poder Executivo, após apuradas a falta em processo regular, assegurada a ampla defesa.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A desqualificação da entidade acarretará a reversão dos bens e valores disponíveis referentes ao presente Contrato, bem como a incorporação ao patrimônio do Estado dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, na proporção dos recursos públicos alocados, bem como a disponibilização, imediata, dos arquivos referentes ao registro atualizado de todos os atendimentos efetuados no **HOSPITAL METROPOLITANO OESTE-PELÓPIDAS SILVEIRA**, as fichas e prontuários dos usuários.

PARÁGRAFO TERCEIRO

A **CONTRATADA** terá o prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data da rescisão do Contrato, para quitar suas obrigações e prestar contas de sua gestão à **CONTRATANTE**.



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

PARÁGRAFO QUARTO

Na hipótese do inciso III do caput desta cláusula, a **CONTRATANTE** responsabilizar-se-á apenas pelos prejuízos suportados pela **CONTRATADA** exclusivamente em decorrência do retardo na transferência de recursos, cabendo à **CONTRATADA** a comprovação do nexo de causalidade entre os prejuízos alegados e a mora da **CONTRATANTE**.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA

A **CONTRATADA** é responsável pela indenização de danos decorrentes de ação ou omissão voluntária, de negligência, imperícia ou imprudência, que seus agentes, nessa qualidade, causarem ao paciente, aos órgãos do SUS e a terceiros a estes vinculados, bem como aos bens públicos móveis e imóveis elencados no Anexo Técnico IV, de que trata a Lei Estadual nº 15.210/13, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – DAS SANÇÕES CONTRATUAIS

Pela inexecução total ou parcial das obrigações assumidas no presente contrato, a **CONTRATADA** ficará sujeita às seguintes sanções:

- I - aviso de correção;
- II - advertência por escrito;
- III - multa;
- IV - desqualificação.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

As sanções serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurados a ampla defesa e o contraditório, considerando-se, para sua fixação, a abrangência e a gravidade da infração, bem como os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários.

PARÁGRAFO SEGUNDO

As sanções previstas na presente cláusula serão aplicadas pelo Secretário de Saúde, exceto a de desqualificação, cuja aplicação é de competência exclusiva do Governador do Estado, mediante prévio pronunciamento do Núcleo de Gestão.

PARÁGRAFO TERCEIRO

A pena de multa poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras sanções, e será descontada da parcela variável de remuneração e dos pagamentos devidos pelo **CONTRATANTE** à **CONTRATADA** ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.



SECRETARIA DE SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – DA PUBLICAÇÃO

O presente Contrato de Gestão terá o seu extrato publicado no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 20 (vinte) dias, contados da data de sua assinatura.

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA – DOS CASOS OMISSOS


Os casos omissos serão resolvidos com base na legislação que rege a matéria.

CLÁUSULA DÉCIMA NONA– DO FORO

As partes contratantes elegem o Foro da Comarca do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, como competente para dirimir toda e qualquer controvérsia resultante do presente Contrato, renunciando, expressamente, a outro qualquer por mais privilegiado que se configure. E, por estarem de pleno acordo, firmam as partes o presente instrumento em 04 (quatro) vias de igual teor e forma, para um único efeito de direito, na presença das testemunhas abaixo-subscritas.

Recife, 02 de janeiro de 2014.


ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS FIGUEIRA
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE
CONTRATANTE


CARLOS ROBERTO RIBEIRO DE MORAES
INSTITUTO DE MEDICINA INTEGRAL PROFESSOR FERNANDO FIGUEIRA - IMIP
CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

1.
CPF/MF n°:

2.
CPF/MF