

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 017.783/2014-3

Natureza: Relatório de Auditoria

Órgãos/Entidades: Entidades/órgãos do Governo do Estado da Bahia; Prefeituras Municipais do Estado da Bahia; Prefeituras Municipais do Estado de Santa Catarina; Prefeituras Municipais do Estado do Maranhão; Prefeituras Municipais do Estado do Paraná; Prefeituras Municipais do Estado do Rio de Janeiro; Prefeituras Municipais do Estado do Rio Grande do Sul; Ministério da Saúde (vinculador)

Interessado: Conselho Federal de Medicina

Representação legal: não há

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. AVALIAÇÃO DE AJUSTES FIRMADOS POR ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS COM ENTIDADES PRIVADAS PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE PARA ATUAREM EM UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE ESTUDOS QUE DEMONSTREM AS VANTAGENS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. BAIXA OU NENHUMA PARTICIPAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE NAS DECISÕES. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE GESTÃO COM ENTIDADE PRIVADA NÃO QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL E COM ENTIDADE PRIVADA COM FINS LUCRATIVOS. TERMOS DE PARCERIAS CELEBRADOS PARA MERA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA, SEM QUE A ENTIDADE TENHA CAPACIDADE INSTALADA PRÓPRIA. OITIVAS. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de Relatório de Auditoria consolidando Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), realizada na forma de Auditoria de Conformidade, que teve como objetivo avaliar a regularidade dos ajustes firmados pelos governos municipais com entidades privadas para a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.

2. Transcrevo, a seguir, o corpo do Relatório de Auditoria (peça 54) elaborado por equipe da Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná, cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência dos dirigentes da unidade técnica (peças 55 e 56):

“1. INTRODUÇÃO

1.1. Histórico

1. *Esta fiscalização é originária de deliberação constante em Despacho de 10/6/2014, do Ministro-Relator Benjamin Zymler, no TC 013.721/2014-3.*
2. *Em 2011, a Secex-PR elegeu como Tema de Maior Significância Local as parcerias realizadas pelos governos municipais do estado com entidades privadas por meio de transferências voluntárias. Foi realizada uma série de fiscalizações, primeiro com o objetivo de levantar informações acerca da atuação de tais entidades, para depois verificar a regularidade em sua atuação na gestão de recursos federais.*
3. *As parcerias realizadas pelos municípios do estado com entidades qualificadas como Oscips para contratação de profissionais de saúde foram apontadas como de elevado risco, relevância e materialidade. Ainda em 2011 foi realizada Auditoria de Conformidade (TC 003.953/2011-4) em três municípios (Paranaguá, Pinhais e Castro) com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados a Oscips, provenientes de transferências fundo a fundo da saúde.*
4. *Os principais achados identificados foram:*
 - i) *Utilização da modalidade de licitação incorreta (Pregão Presencial - Concorrência Pública - Dispensa de Licitação), em detrimento do Concurso de Projetos definido no Decreto 3.100, de 30/6/1999;*
 - ii) *Contratação das Oscips mediante instrumento diverso de Termo de Parceria, em desacordo com o art. 8º do Decreto 3.100/1999;*
 - iii) *Inexistência de orçamento prévio nos processos de contratação das entidades, contrariando as disposições da Lei 8.666, de 21/6/1993 e da Lei 10.520, de 17/7/2002;*
 - iv) *Superfaturamento caracterizado pelo pagamento de horas relativas a plantões médicos cujas prestações não foram comprovadas;*
 - v) *Não comprovação dos efetivos custos incorridos na prestação dos serviços, contrariando as disposições da Lei 9.790, de 23/3/1999;*
 - vi) *Faturas emitidas e pagas em desconformidade com as planilhas de custos dos correspondentes termos de parceria/contratos;*
 - vii) *Comprovação irregular de custos descritos como pagamentos supostamente efetuados a título de coordenação, em valores e quantitativos superiores aos previstos nos ajustes;*
 - viii) *Movimentação irregular de recursos financeiros arrecadados em razão de pagamentos efetuados no âmbito dos termos de parceria/contratos firmados com entes públicos, caracterizada por transferências e/ou saques em espécie;*
5. *A auditoria foi apreciada pelo Acórdão 586/2012-TCU-Plenário, que determinou a instauração de seis processos específicos de Tomada de Contas Especial. Três deles foram julgados pelos Acórdãos 696, 1.556 e 1.557/2014-TCU-Plenário, em que os gestores municipais e da Oscip tiveram as contas julgadas irregulares e condenados ao recolhimento do débito e pagamento de multa.*
6. *Tendo em vista a relevância e materialidade do tema, o TCU decidiu por realizar auditorias de conformidade semelhantes em outros estados, com o objetivo de avaliar se a atuação das Oscips seguia o padrão observado no Paraná. Foi instaurada, então, esta Fiscalização de*

Orientação Centralizada, com a participação de secretarias do TCU nos estados da Bahia, Maranhão, Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

7. *Porém, para que as auditorias fossem planejadas em cada estado, mostrou-se necessário que as Secex realizassem um levantamento prévio de informações, buscando identificar quais Oscips atuavam nos respectivos estados e em que municípios. Dessa forma, cada Secretaria ficou responsável por realizar uma Produção de Conhecimento acerca da atuação das transferências de recursos para Oscips no seu estado.*

8. *O que se observou nas produções de conhecimento realizadas é que o modelo de terceirização de profissionais de saúde por meio de Oscips não era empregado nos demais estados da mesma forma que no Paraná. Identificou-se a celebração de outros tipos de ajustes, com diferentes tipos de entidades. A partir daí, decidiu-se por se ampliar o escopo das auditorias a serem realizadas na FOC, com o objetivo de avaliar as diferentes formas de contratação de profissionais de saúde.*

9. *Cada Secex participante da FOC instaurou processo apartado de auditoria de conformidade, elencados a seguir:*

- i) BA: 020.173/2014-8*
- ii) MA: 023.874/2014-7*
- iii) PR: 024.432/2014-8*
- iv) RJ: 015.820/2014-9*
- v) RS: 020.514/2014-0*
- vi) SC: 024.434/2014-0*

1.2. Objetivo e Questões de Auditoria

10. *O objetivo desta FOC foi avaliar a regularidade dos ajustes firmados pelos governos municipais com entidades privadas para a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.*

11. *Cada Secex ficou responsável por escolher os municípios e o período que seriam fiscalizados. Os municípios escolhidos foram os seguintes:*

- i) BA: Barra do Choça, Candeias, Ibirapitanga, Jeremoabo;*
- ii) MA: Imperatriz;*
- iii) PR: Bela Vista do Paraíso;*
- iv) RJ: Itaboraí*
- v) RS: Candelária, Porto Alegre e Vacaria;*
- vi) SC: Balneário Camboriú.*

12. *Tendo em vista que as produções de conhecimento apontaram para diferentes modelos de contratação utilizados pelos municípios, cada fiscalização realizada no âmbito desta FOC utilizou matriz de planejamento específica, com questões de auditoria voltadas para o tipo de ajuste que estaria sendo fiscalizado. Assim, quando o instrumento utilizado fosse um termo de parceria com Oscip, os aspectos da contratação analisados foram diferentes daqueles observados em contratos administrativos com empresas privadas ou credenciamento de pessoas físicas.*

13. *A seguir são descritas as questões de auditoria presentes na matriz de planejamento inicial, a partir da qual foram elaboradas matrizes adaptadas a cada caso:*

- i) *A terceirização da contratação de profissionais de saúde foi precedida de planejamento adequado e dos procedimentos exigidos em lei?*
- ii) *A seleção da entidade responsável pela prestação do serviço foi regular quanto às disposições legais?*
- iii) *Houve análise do governo municipal quanto à capacidade operacional da entidade para prestar o serviço e a entidade conseguiu comprovar que detinha os requisitos necessários e exigidos por lei?*
- iv) *A contratação da entidade foi formalizada por instrumento jurídico competente?*
- v) *O ajuste foi executado nos prazos, etapas, quantidades e requisitos nele definidos?*
- vi) *A entidade utilizou os recursos recebidos na execução dos serviços de acordo com o estabelecido no ajuste e nos normativos legais?*
- vii) *Houve aplicação de recursos do ajuste em atividades da própria entidade?*
- viii) *O município realiza os controles necessários para avaliar a execução dos serviços?*

1.3. Metodologia

14. *A metodologia utilizada pelas equipes de auditoria foi implementada a partir da aplicação dos procedimentos de auditoria definidos nas Matrizes de Planejamento adaptadas a cada tipo de ajuste analisado. Os trabalhos consistiram na realização de entrevistas não-estruturadas, inspeção física, análise dos processos administrativos de planejamento das contratações, licitações e respectivos ajustes, prestações de contas e processos de pagamento, avaliação dos controles acerca da execução dos serviços contratados.*

15. *Cabe destacar que a auditoria realizada no estado da Bahia contou com a participação do Tribunal de Contas do Estado da Bahia e do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, a partir de projeto de cooperação desenvolvido dentro da Rede de Controle, o que possibilitou a fiscalização e propostas de encaminhamento não apenas direcionadas aos recursos federais, mas sim de todos os recursos empregados nas contratações, das três esferas de gestão.*

16. *Já em Santa Catarina, a auditoria no Hospital Municipal Ruth Cardoso contou com a participação de auditores do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus) no estado. Segundo a equipe de auditoria do TCU, a referida parceria foi fundamental para o bom encaminhamento da auditoria, ante a expertise das servidoras, tendo em vista importante auxílio na análise dos dados contidos no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) e na condução das entrevistas junto aos usuários do Hospital, que tiveram por objetivo examinar a qualidade dos serviços prestados pelas empresas contratadas, além de verificar o grau de satisfação dos usuários de forma geral (pacientes, familiares, população que acorre ao pronto atendimento, pessoal de apoio, enfermeiros, etc.).*

17. *Com o objetivo de validar os achados da auditoria e as propostas da equipe, foi realizado em Brasília em 10/11/2014 um Painel de Referência, que contou com a participação de representantes do Ministério da Saúde, dos Conselhos Nacionais de Secretários Estaduais de Saúde (Conass) e Secretários Municipais de Saúde (Conasems), do Ministério Público do Trabalho, do Conselho Federal de Medicina, da Comissão de Estudos das Relações de Trabalho na Área da Saúde da OAB-SP e de membros da Academia, além de gestores e auditores do TCU.*

18. *Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do TCU (Portaria TCU 280/2010) e observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade (Portaria*

Segecex/TCU 26/2009). As limitações enumeradas pelas equipes de auditoria nos correspondentes relatórios foram a indisponibilidade e atraso na apresentação de documentos pelos Municípios de Candeias e Ibirapitanga na Bahia, pelo Município de Itaboraí, no Rio de Janeiro, e pelo Município de Imperatriz, na Bahia.

1.4. Volume de Recursos Fiscalizados

19. *As auditorias realizadas nos seis estados no âmbito desta FOC abrangeram um total de R\$ 164.934.719,67, assim distribuídos:*

- i) BA: R\$ 62.686.582,17;*
- ii) MA: R\$ 16.979.927,29;*
- iii) PR: R\$ 7.986.873,85;*
- iv) RJ: R\$ 44.205.163,75;*
- v) RS: R\$ 26.106.766,49;*
- vi) SC: R\$ 6.969.406,12.*

1.5. Benefícios Estimados da Fiscalização

20. *A seguir são descritos os benefícios estimados pelas equipes de auditoria da FOC:*

- i) BA: restituição de valores a pagamento indevidos de diárias, em mais de um milhão de reais, taxa de administração e serviços pagos, mas não comprovados; aperfeiçoamento da gestão municipal no que tange ao processo de publicização e a correta utilização do contrato de gestão e do termo de parceria; e orientação normativa aos órgãos de controle interno;*
- ii) MA: além de proposta que vise à correção de irregularidades ou impropriedades, ao incremento da economia, eficiência, eficácia e efetividade na contratação e na prestação de tais serviços, no que diz respeito ao Município de Imperatriz/MA, há ainda a possibilidade de o Tribunal imputar débito e aplicar sanções.*
- iii) PR: possibilidade de imputação de débito no valor de R\$ 3.270.757,24 e de aplicação de multa pelo Tribunal. Há também o envio de relatório para melhoria de atuação de outros órgãos de controle da administração pública, além da possibilidade de perda de qualificação do Instituto Corpore para o Desenvolvimento da Qualidade de Vida como Oscip, em decorrência de comunicação ao Ministério da Justiça de condutas que evidenciam indícios de inidoneidade da entidade.*
- iv) RS: aperfeiçoamento do processo de terceirização das ações de saúde no âmbito dos municípios visitados, a partir da correção das impropriedades arroladas no relatório.*
- v) SC: o empenho do Executivo Municipal de Balneário Camboriú na busca da boa governança das ações de saúde a serem implementadas, consubstanciadas na efetiva observância da legislação pertinente e dos princípios licitatórios da moralidade, igualdade e isonomia, na melhoria nos controles internos, na fixação de metas de qualidade, eficiência e eficácia às empresas contratadas e no acompanhamento do atingimento de tais metas, em prol da oferta de saúde de boa qualidade à população local e entorno.*

21. *Já a consolidação da FOC teve como objetivo buscar soluções para os problemas identificados de forma geral. Assim, diante da ausência de regulamentação acerca da terceirização de*

profissionais de saúde, ao apresentar determinados parâmetros a serem seguidos por uma eventual normatização pelo Ministério da Saúde, estima-se como benefícios a maior segurança jurídica na contratação de profissionais de saúde para atuarem no SUS, além do aperfeiçoamento da concepção, execução e fiscalização dos ajustes celebrados, tendo em vista que os gestores federais, estaduais e municipais teriam direções a serem seguidas a partir de um regulamento central.

2. VISÃO GERAL

22. *A instituição do Sistema Único de Saúde pela Constituição Federal de 1988 (CF88) representou um marco para as políticas públicas de saúde no país. A saúde foi definida como um direito de todos e um dever do Estado, que deve garanti-la por meio de políticas sociais e econômicas. O SUS representou uma ruptura em relação ao modelo anterior, que atendia apenas à população vinculada ao mercado de trabalho formal, excluindo boa parte da sociedade do acesso aos serviços públicos de saúde. A CF88 universalizou o direito à saúde, todos os brasileiros teriam direito de receber assistência estatal, dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada.*

23. *A organização do SUS está assentada em três pilares: rede (integração dos serviços Inter federativos), regionalização (região de saúde) e hierarquização (níveis de complexidade dos serviços). Estes são os pilares que sustentam o modelo de atenção à saúde, conforme dispõe o art. 198 da CF88.*

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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

24. *As três esferas de governo – União, estados e municípios – são responsáveis conjuntamente por garantir o direito à saúde, mas a descentralização das ações, principalmente para o âmbito municipal, foi consagrada como um dos princípios mais importantes do SUS, estabelecendo a CF88 que:*

Art. 30. Compete aos Municípios:

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

25. *Porém, a instituição de um sistema de saúde universal num país de proporções continentais tem se mostrado uma tarefa extremamente complexa e não são poucos os problemas enfrentados pelos entes governamentais e pela população na construção do SUS. Segundo as estimativas do IBGE para julho de 2014, dos 5.570 municípios brasileiros, 22% possuem população inferior a 5.000 habitantes e 69% possuem menos de 20.000 habitantes. O resultado são entes com estruturas de gestão inadequadas, sem capacidade para elaborar os estudos e diagnósticos necessários, construir planos e estratégias, formar carreiras, realizar investimentos, sem capacidade arrecadatória, dependentes na maioria dos casos das transferências de recursos da União.*

26. *Um dos maiores problemas enfrentados na gestão dos sistemas municipais de saúde corresponde à falta de profissionais de saúde, sejam médicos, enfermeiros, entre outros. Segundo Levantamento realizado pelo TCU em 2013 (TC 026.797/2013-5), 10% dos leitos hospitalares estavam indisponíveis, sendo que a principal causa apontada pelos gestores, em quase 50% dos casos, referia-se à falta de profissionais de saúde.*

27. *Em 2013, uma das questões que mais recebeu atenção no Brasil foi a contratação temporária de médicos estrangeiros pelo SUS. O Programa “Mais Médicos” do Ministério da Saúde*

foi instituído a partir do diagnóstico de que algumas regiões do país não contam com médicos suficientes para garantir atendimento adequado à população. Além disso, haveria uma grave desigualdade na sua distribuição, tanto entre as unidades da federação quanto dentro delas, com concentração de profissionais nas capitais.

28. Segundo o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CRM-SP), o país contava em 2010 com 1,86 médicos por 1.000 habitantes, o quinto menor valor entre 37 países com dados na OCDE. Todavia, além de o país apresentar uma quantidade de médicos baixa na comparação internacional, existem graves distorções na distribuição dos médicos entre os estados da federação, e também entre os municípios - capitais e o interior.

29. A distribuição dos médicos segue o porte dos municípios. Os 38 municípios com mais de quinhentos mil habitantes concentram 47,91% dos postos de médicos. O Brasil possui 1.302 municípios com até cinco mil habitantes, mas apenas 914 médicos atuam nestes municípios. Por conseguinte, caso se considere que nenhum dos municípios conta com mais de um médico, ainda assim 388 municípios não dispõem de um único médico.

30. Além da comparação entre capitais e interior, é preciso considerar também as diferenças entre os sistemas público e privado de saúde no Brasil. Parte da população recorre a planos de saúde privados, o que lhe confere maior acesso a serviços de saúde. Segundo o CRM-SP, para cada 1.000 usuários de planos de saúde, existem 7,60 postos de trabalho médico ocupados, enquanto que para a população dependente do SUS este índice é 1,95. É preciso ressaltar que posto de trabalho médico ocupado é diferente do indicador de médicos por 1.000 habitantes, pois um mesmo médico pode ocupar mais de um posto de trabalho; pode, por exemplo, ocupar simultaneamente um posto público e outro privado.

31. O SUS enfrenta diversos obstáculos para contratar médicos e outros profissionais de saúde. Além de muitos profissionais não desejarem se deslocar para localidades distantes dos grandes centros e com estrutura muitas vezes precária, os salários dos servidores públicos municipais estão limitados pelo subsídio do prefeito, que não é atrativo para profissionais de nível superior, principalmente aqueles de maior especialização. Muitos concursos públicos realizados terminam desertos ou há uma alta rotatividade porque os servidores selecionados em pouco tempo procuram outras oportunidades. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4/5/2000) também impõe limites para gastos com pessoal, o que dificulta a ampliação dos quadros das secretarias de saúde, sendo que as despesas com pessoal na área de saúde consomem por volta de 80% do montante de seus recursos.

32. Diante desse quadro, os governantes têm adotado medidas alternativas para a contratação de profissionais de saúde, em muitos casos sem suporte legal que as autorizem. As auditorias realizadas nesta FOC analisaram os seguintes tipos de ajustes:

- i) Termos de Parcerias celebrado com Oscips, nos municípios de: Vacaria-RS; Bela Vista do Paraíso-PR; Itaboraí-RJ; Barra do Choça-BA; Ibirapitanga-BA.
- ii) Contrato de Gestão com Organização Social: Candeias-BA.
- iii) Convênio com entidade sem fins lucrativos: Candelária-RS;
- iv) Contrato Administrativo com empresa de serviços médicos: Porto Alegre-RS; Balneário Camboriú-SC; Imperatriz-MA.
- v) Contrato Administrativo com cooperativa: Jeremoabo-BA.
- vi) Credenciamento de pessoas físicas e jurídicas: Balneário Camboriú-SC.

3. CONSOLIDAÇÃO DAS AUDIDORIAS REALIZADAS NOS MUNICÍPIOS

33. *Este Capítulo tem como objetivo apresentar os principais achados das auditorias realizadas nos governos municipais. Cinco Secex estaduais participaram da FOC: Bahia, Maranhão, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, sendo que a Secex-PR também realizou auditoria em Santa Catarina. Foram fiscalizados onze municípios e o governo estadual da Bahia. A seguir são apresentados os principais achados das auditorias realizadas. Optou-se por se organizar os achados com base nas fases da contratação: planejamento, seleção, contratação, execução e controle.*

34. *Observa-se que existem problemas graves na atuação dos municípios, que não cumprem com funções essenciais para garantir a boa execução dos ajustes. O planejamento em muitos casos sequer é elaborado e, normalmente, não conta com documentos básicos como orçamento prévio e planilha de custos. A seleção das entidades a serem contratadas em muitos locais não apresenta competição, inexistindo procedimento licitatório, concurso de projetos ou chamamento público, na maioria das vezes sendo realizada dispensa de licitação indevidamente. Quando é realizada alguma forma de seleção, muitas vezes há fortes indícios de direcionamento. Muitos dos ajustes celebrados não apresentam cláusulas essenciais e os objetos são descritos de forma vaga. As administrações municipais, na maior parte dos casos, não designaram representante formal para fiscalização da execução dos ajustes e os processos de pagamento são lastreados com documentação inapta a demonstrar a liquidação regular da despesa e que não comprovam a execução adequada do objeto do ajuste.*

3.1. Ausência ou precariedade do planejamento da terceirização

35. *Independentemente da espécie de terceirização promovida – Organização Social, Oscip, cooperativa, empresa privada – observa-se em quase todos os casos analisados a ausência de um planejamento adequado.*

36. *Não existem estudos que demonstrem que a terceirização é a melhor opção ao caso analisado, que aponte as vantagens da contratação de uma entidade privada para disponibilização de profissionais de saúde e que defina qual seria a melhor alternativa de terceirização.*

37. *A situação ideal seria a apresentação de um estudo específico para a unidade de saúde objeto da terceirização, efetuando a comparação, em termos de custos e produtividade, entre a situação de gestão segundo o regime aplicável ao Poder Público e a situação de gestão segundo o regime aplicável à entidade privada.*

38. *Contudo, em todos os casos que integraram o escopo da presente auditoria, nenhum dos processos administrativos de terceirização apresentou estudo capaz de demonstrar eventuais vantagens na contratação de profissionais via entidades privadas.*

39. *Antes mesmo de uma análise capaz de revelar eventuais vantagens da terceirização, observou-se que os processos de seleção e contratação das entidades para a gestão terceirizada carecem da simples estimativa orçamentária que deve integrar os autos de qualquer processo do qual resultará a aplicação de recursos públicos.*

40. *A elaboração de orçamento prévio e estimativa de custos é essencial para que o poder público avalie se uma determinada decisão é mais vantajosa, além de ser indispensável para qualquer processo de contratação de agentes privados, pois devem ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços e fixados os preços máximos. Alguns dispositivos da Lei 8.666/1993 demonstram a importância do detalhamento dos custos previamente à contratação:*

Art. 7º, § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

41. O Acórdão 3.239/2013-TCU-Plenário, que apreciou Auditoria Operacional realizada na transferência do gerenciamento de unidades de saúde para Organizações Sociais fez a seguinte determinação a alguns dos entes fiscalizados:

9.2.1. determinar que faça constar do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais estudo detalhado que contemple:

9.2.1.1. fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção;

9.2.1.2. avaliação precisa dos custos do serviço e ganhos de eficiência esperados da OS;

9.2.1.3. planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão;

42. O mesmo Acórdão também firmou o entendimento de que:

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

43. Em nenhum dos onze municípios visitados foi apresentado um estudo que demonstrasse as vantagens da terceirização e que apontasse qual seria o melhor tipo de ajuste a ser utilizado. Em oito dos onze municípios não havia planilha de detalhamento dos custos e do orçamento prévio.

44. No município de **Porto Alegre-RS**, a terceirização de profissionais de saúde no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde (SMS) não foi precedida de estudo acerca dos custos pertinentes à modalidade selecionada (contratação de empresa privada intermediadora de mão de obra), em comparação com aqueles praticados em relação aos profissionais pertencentes aos quadros da Secretaria, ou mesmo a elaboração de planilha de custos praticados no mercado em relação aos serviços contratados, e respectivos encargos, de acordo como vínculo de trabalho existente entre os profissionais e a empresa tomadora dos serviços.

45. Um aspecto identificado pela equipe de auditoria foi que a terceirização de profissionais médicos envolve vínculos das mais diversas naturezas, tais como a prestação de serviços por médicos contratados por vínculo de emprego, pelos próprios sócios ou associados, ou ainda pagamento de plantões médicos sem nenhum vínculo formal. Tais diferenças geram impactos diretos na formação dos custos, tendo em vista que apresentam diferentes regimes tributários, com recolhimento ou não de encargos trabalhistas. Tal questão será abordada no próximo Capítulo, quando serão analisados os diferentes modelos de terceirização utilizados pelos municípios.

46. Outro problema decorrente da ausência de um planejamento adequado no município de Porto Alegre é a realização sucessiva de contratações emergenciais. Nos exercícios de 2013 e 2014

foram realizadas dez contratações emergenciais envolvendo a disponibilização de profissionais de saúde, sendo que em alguns casos houve sucessão de contratação anterior, também caracterizada como emergencial. Nos autos dos processos administrativos estão presentes pareceres da Procuradoria Jurídica da SMS que apontam que as situações eram previsíveis e não emergenciais. Também foram celebrados contratos com vigência retroativa, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/1993, conforme Acórdão 25/2007-TCU-Plenário.

47. No Município de **Candeias-BA**, foi instaurado o processo de licitação na forma de concorrência pública para contratação de entidade sem fins lucrativos, qualificada ou que pretendesse qualificar-se como Organização Social, para celebrar contrato de gestão de operacionalização e execução das ações e serviços de saúde no Hospital Municipal José Mario dos Santos. Esse certame deu origem ao contrato de gestão firmado com o Instituto Médico de Cardiológico da Bahia (IMCBA), no valor anual de R\$ 15.330.000,00.

48. O valor estimado para a contratação fora de R\$ 17.500.000,00. Acontece que não se depreende do processo licitatório a forma pela qual a Administração chegou a esta estimativa, uma vez que não consta planilha detalhada dos custos dos serviços que seriam contratados.

49. A situação se agrava, pois, no ano de 2014, foi realizado novo certame licitatório para a gestão do citado hospital, dando origem ao contrato de gestão firmado com o Centro Médico Aracajú Ltda., no valor anual de R\$ 22.200.000,00. Os serviços foram estimados pela administração em R\$ 24.000.000,00, mas, também neste caso, não existe planilha detalhada dos custos unitários que demonstrem como a Administração chegara a este valor. Em apenas um ano, a estimativa de custo do hospital variou, para maior, em 37,14%. E o valor do contrato foi acrescido em 44,81%, sem que ficasse evidenciado o porquê desta variação.

50. Ainda no mesmo município foi realizado pregão presencial para celebração de contrato de gestão, com entidade sem fins lucrativos para gestão e administração de Unidade de Pronto Atendimento (UPA), dando origem ao contrato de gestão também firmado com o IMCBA, pelo valor anual de R\$ 4.452.000,00; entretanto, também não há nos autos do processo licitatório planilha detalhada dos custos unitários estimados para o certame.

51. No município de **Imperatriz-MA**, além dos processos de seleção e contratação das entidades não contarem com orçamento prévio e planilha detalhada dos custos, a equipe de auditoria identificou indícios de sobrepreço em determinados procedimentos contratados junto às empresas privadas.

52. Foram realizadas comparações dos preços pagos com aqueles fixados na Tabela SUS e com tabelas de remuneração de serviços médicos utilizadas por planos privados de saúde, como da Unimed e da Bradesco Seguros.

53. A equipe de auditoria apontou como causas do sobrepreço a negativa da realização de pesquisa de preços antes de se efetuar a contratação direta por dispensa de licitação e a ausência de estudo prévio que pudesse mensurar, de forma razoável, a estimativa do quantitativo mensal de cada procedimento.

3.2. Inexistência ou direcionamento dos processos de seleção das entidades

54. As auditorias realizadas no âmbito desta FOC avaliaram diversos tipos de ajustes celebrados pelos governos municipais, diferentes instrumentos jurídicos que apresentam diferentes normas que regulamentam seus procedimentos essenciais, entre eles a forma de escolha da entidade com a qual seria celebrada a contratação.

55. No caso de empresas privadas, a celebração de contrato administrativo deve ser precedida de processo licitatório regulado pela Lei 8.666/1993. A celebração de termo de parceria

com *Oscip* deve ser precedida de concurso de projetos, como determina o art. 23 do Decreto 3.100/1999:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

56. O convênio celebrado com entidade sem fins lucrativos é um instrumento que será utilizado apenas até 1º/8/2015, quando a Lei 13.019, de 31/7/2014, deverá entrar em vigor. A norma instituiu o termo de colaboração e o termo de fomento, instrumentos que substituirão os convênios na relação do poder público com as organizações da sociedade civil. Os convênios deverão ser usados apenas nas parcerias celebradas entre os entes governamentais, conforme determina a Lei:

*Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, **que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados** [grifo nosso].*

57. A Lei 13.019/2014 ainda prevê a realização de chamamento público antes da celebração dos ajustes, assim definido pelo art. 2º da norma:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

58. A Lei 9.637, de 15/5/1998, que regula a celebração de contrato de gestão com Organizações Sociais, não prevê a realização de nenhum processo de seleção, mas o entendimento do TCU é de que deve ser realizado chamamento público, conforme entendimento do Acórdão 3.239/2013-TCU-Plenário:

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

59. Apesar de as diferentes normas que regulam os ajustes analisados nas auditorias estipularem alguma forma de seleção das entidades com as quais o ajuste será celebrado, o que se observou na maioria dos municípios é a ausência de tais processos, ou então deficiências graves que os prejudicaram, além de indícios de direcionamento.

60. Em **Imperatriz-MA**, foi observada a realização de dispensas de licitação sucessivas, fundamentadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (contratação direta em casos de emergência ou de calamidade pública), com os mesmos objetos, sem que se demonstrasse, por parte da Administração, medidas para realizar o devido processo licitatório nos termos do art. 2º da mencionada Lei, antes da expiração dos primeiros contratos.

61. Em alguns processos não consta justificativa para a alegada situação emergencial e para o preço contratado. O Parecer Jurídico, apesar de não ver óbice na contratação direta, sugeriu que a Administração adotasse algumas providências, como a numeração das folhas dos autos e para que procedesse à pesquisa de preços por escrito, providências estas não tomadas.

62. Também foi apontado como achado pela equipe de auditoria o direcionamento de contratação, em virtude da precariedade dos documentos acostados aos autos dos processos administrativos, inversão de fases e erro nos valores da proposta da licitante escolhida. Também foi

identificada revogação de licitação não adequadamente motivada, inabilitando a única empresa participante, para depois realizar a contratação, por dispensa, da mesma empresa para qual foi observado o direcionamento na contratação.

63. *Além disso, diversas empresas contratadas por dispensa de licitação apresentavam em seus quadros societários, corpo clínico ou como prestadores de serviço servidores públicos do município, o que é vedado pelo Lei 8.666/1993:*

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

64. *Em **Balneário Camboriú-SC**, foi realizado pregão presencial para seleção das empresas de serviços médicos que iriam prestar serviços no Hospital Municipal Ruth Cardoso. O certame foi dividido em 23 lotes, dos quais em apenas dois houve cotação por mais de uma empresa. O valor total estimado para o pregão montou em R\$ 14.899.416,00, sendo que os valores contratados somaram R\$ 14.769.927,96, ou seja, um desconto de apenas 0,87% em relação ao orçamento estimativo.*

65. *A equipe de auditoria apontou indícios de conluio no pregão, tendo em vista que as empresas participantes possuem sócios em comum. Além disso, alguns sócios das empresas e médicos prestadores de serviços eram servidores da Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, contrariando o art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993.*

66. *O caso mais emblemático é o da empresa FGL Serviços Médicos S/S Ltda., que tinha como sócio o Secretário Municipal de Saúde, Sr. Marco Otílio Duarte Rodrigues, consoante consta do respectivo contrato social. O Secretário deixou a sociedade uma semana antes da realização do pregão. Foram identificados casos ainda de servidores da Prefeitura que vieram a se tornar sócios das empresas contratadas após a celebração dos contratos.*

67. *Ao permitir que empresa licitante vinculada a servidores da Prefeitura participassem dos certames, surgem problemas relacionados não somente com a legalidade de per si da licitação, mas também no que se refere ao cumprimento da jornada, já que o profissional estará atuando para o ente municipal por dois vínculos diferentes, muitas vezes no mesmo local de trabalho. Além disso, muitos dos médicos que atuam pelas empresas contratadas possuem carga horária semanal de 40h junto à prefeitura. Alguns médicos possuem vínculo com duas ou mais empresas contratadas para atuar no Hospital.*

68. *Em **Jeremoabo-BA**, foi identificado que um médico que atua pela Coofsaúde Cooperativa Feirense de Saúde com 12 plantões mensais de 24h também é concursado do mesmo hospital com carga horária de 20h semanais, além de bolsista do Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica (Provab) com carga horária de 40h semanais, somando 528h de trabalho no mês, o que representaria trabalhar 24h em 22 dias ou 17h durante os 30 dias do mês.*

69. *Em **Itaboraí-RJ**, a equipe de auditoria também constatou indícios de direcionamento na escolha da Oscip. O Conselho Municipal de Saúde deliberou sobre a contratação de Oscip na área de Saúde e a questão sobre a necessidade de se realizar algum tipo de processo seletivo para a seleção da entidade foi debatida entre os conselheiros. Os posicionamentos defendidos foram de que a Lei 9.790/1999 não exigiria processo seletivo algum, mas que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) sim. A deliberação unânime do Conselho foi pela abertura de processo licitatório para a escolha de Oscip.*

70. *Todavia, o município encaminhou ofício apenas ao Instituto Sorrindo para a Vida, solicitando “pronunciamento a respeito do interesse do Instituto em participar do novo projeto”. A Oscip apresentou seu plano de trabalho, que foi aprovado pelo presidente do Fundo Municipal de Saúde no mesmo dia. Ressalta-se o teor do parecer do Procurador-Geral do Município em que é*

esclarecido que “a escolha da entidade civil parceira não se submete ao regime estrito das licitações e contratos públicos, contudo, é fortemente recomendável que se proceda alguma forma de procedimento destinado a atender ao princípio constitucional da isonomia”.

71. No município de **Candelária-RS**, como será analisado melhor no item posterior, foi celebrado convênio com uma entidade criada especificamente para intermediação de mão de obra para o município. Apesar de qualificada como Oscip, o ajuste celebrado foi um convênio, e não o termo de parceria. Não houve nenhum processo de seleção da entidade.

72. No Município de **Bela Vista do Paraíso-PR** foram realizados concursos de projetos para celebração de Termo de Parceria com Oscip. Os concursos previam que a entidade se encarregaria de executar todas as ações para o atendimento hospitalar e a atenção básica de saúde, incluindo os serviços relacionados com o Programa Saúde da Família (PSF), tais como:

- i) Consultoria, Assessoria e Treinamentos na Estratégia de Saúde da Família;
- ii) Assessoria na Instalação da Informatização da Saúde Municipal;
- iii) Execução dos Serviços Prestados no Posto 24 Horas Municipal;
- iv) Auditoria em Saúde.

73. O edital dispôs que o objeto da parceria seria o desenvolvimento e o progressivo aprimoramento do PSF, visando ao fortalecimento da capacidade técnico-operacional do sistema de saúde municipal, mediante cooperação mútua, com a integração, ampliação e organização do Serviço de Internação Domiciliar, o desenvolvimento de ações de gestão, de prevenção e de assistência ao Programa Municipal de DST/Aids, atendimento das exigências legais relacionadas à Vigilância Epidemiológica e demais atividades vinculadas ao PSF e à Atenção Básica Municipal.

74. Porém, na planilha de preços apresentada pela Oscip Instituto Corpore para o Desenvolvimento da Qualidade de Vida constam apenas valores relativos aos salários e encargos trabalhistas, demonstrando que a única intenção, tanto do município quanto da Oscip, era a intermediação de mão de obra e de nada serviram os critérios estabelecidos no concurso de projetos relacionados à experiência da entidade ou ao plano de trabalho proposto.

75. Para a equipe de auditoria, entende-se que os projetos apresentados pelo Instituto Corpore para execução dos Termos de Parceria não passaram de peças de ficção, sem outro propósito senão conferir aparência de legalidade aos concursos de projetos, haja vista que, desde a fase de seleção de projetos, a Oscip já demonstrava inequivocamente que não tinha intenção de executar as atividades de planejamento, assessoria e treinamento de pessoal, entre outras - que constituíam o objeto principal do concurso, mas que pretendia atuar como mera fornecedora de mão de obra.

76. As prestações de contas apresentadas ao município também demonstram que a Oscip está executando apenas a atividade de fornecimento de mão de obra. De acordo com essa documentação, em todo o período fiscalizado, os recursos geridos pela Oscip foram aplicados exclusivamente na remuneração de pessoal e em “gastos operacionais”, para os quais não houve comprovação de que foram aplicados na consecução do objeto do Termo de Parceria, como analisado no item 4.6.

3.3. Deficiências na análise dos requisitos e da capacidade operacional das entidades

77. Além da necessidade de realização de processos de seleção das entidades que celebrarão ajustes com a Administração, é imprescindível que o ente governamental analise se a entidade preenche os requisitos legais para celebrar o ajuste e se possui capacidade operacional para executar o objeto na quantidade e qualidade esperados.

78. Segundo o Decreto 3.100/1999, que regula a celebração de Termo de Parceria com Oscip:
- Art. 27. Na seleção e no julgamento dos projetos, levar-se-ão em conta:
- I - o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado;
 - II - a capacidade técnica e operacional da candidata;**
 - III - a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados;
 - IV - o ajustamento da proposta às especificações técnicas;
 - V - a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;
 - VI - a análise dos documentos referidos no art. 11, § 2º, deste Decreto.
79. Além disso, segundo o Decreto:
- Art. 9º O órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente:
- I - a validade da certidão de regularidade expedida pelo Ministério da Justiça, na forma do Regulamento;
 - II - o **regular funcionamento** da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e
 - III - o exercício pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público de atividades referentes à matéria objeto do Termo de Parceria **nos últimos três anos**.
80. A Lei 13.019/2014, que normatizou a celebração de parcerias com instituições sem fins lucrativos e irá entrar em vigor em agosto de 2015, também estabelece que:
- Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:
- III - demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;
81. O Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário fez uma série de recomendações ao Ministério do Planejamento acerca dos contratos de terceirização de serviços continuados. Vale destacar alguns dos entendimentos firmados pelo Tribunal:
- 9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;
 - 9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;
82. A Controladoria Geral da União (CGU) já identificou esquemas de compra e venda de Oscips, com o objetivo de permitir aos interessados em realizar parcerias com o poder público de disporem do tempo mínimo de experiência na área. As entidades seriam criadas, teriam sua documentação regularizada e a qualificação de Oscip concedida pelo Ministério da Justiça, para então serem cedidas onerosamente para pessoas interessadas em firmar parcerias com o Poder Público.
83. No Acórdão 4.821/2009-TCU-2ª Câmara, foi identificado que a Oscip não comprovou ter executado projetos de mesma magnitude do ajuste que estava sendo analisado. Foi determinado ao Incra/MT que:
- a) promova criteriosa análise da capacidade operacional dos interessados para celebrar instrumentos jurídicos formalizadores de transferências voluntárias de recursos federais, verificando se eles têm capacidade de executar o objeto pretendido, levando-se em conta fatores

como a singularidade e a complexidade de sua execução, a fim de promover o adequado controle preventivo dos recursos públicos, nos termos do art. 9º da Lei 9.790, de 23 de março de 1999, c/c os arts. 9º e 27, do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999;

c) faça constar dos processos decorrentes de termos de parceria despacho conclusivo da autoridade competente atestando:

- a capacidade operacional do interessado, em atenção ao disposto no item 9.2.1; e

- a devida correspondência entre as atividades a serem desenvolvidas no futuro instrumento de ajuste e as ações mencionadas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999;

84. *No município de **Itaboraí-RJ**, foi firmado termo de parceria com a Oscip Instituto Sorrindo Para a Vida. A partir da análise de relatórios de fiscalização do TCE-RJ, foi identificado que o município já havia celebrado outros termos de parceria com a mesma entidade anteriormente.*

85. *Chama a atenção o fato de os objetos dos ajustes abrangerem diversas áreas de atuação, em muitos casos sem relação entre si: Centro de Referência de Assistência Social; Ensino e Promoção Cultural; Padaria-Escola; Programa Fazendo Escola; Programa Brasil Alfabetizado; Programa Nacional de Saúde-Escola; Pró-Jovem; Educação Digital; Treinamento e Capacitação de Mão de obra; Rede de Atenção Básica, Ambulatorial, Hospitalar e Gestão da Saúde.*

86. *Segundo o Estatuto Social do Instituto:*

Artigo 4º. O INSTITUTO SORRINDO PARA A VIDA tem por objetivos apoiar, incentivar, desenvolver e promover a assistência social, a cultura, a educação gratuita, a cidadania e o desenvolvimento econômico e social, o combate à pobreza, a defesa, a preservação e conservação do meio ambiente e da promoção do desenvolvimento sustentável.

87. *Quando Administração Pública celebra termo de parceria com uma Oscip, um dos objetivos é obter ganhos com a experiência e especialização das entidades, tanto que a Lei 9.790/1999 exige que as entidades sem fins lucrativos, para se qualificarem como Oscips, encontrem-se em funcionamento regular há pelo menos três anos (art. 1º) e que demonstrem a execução direta de programas, projetos e planos de ações relacionados às áreas enumeradas pela lei (art. 3º, parágrafo único). É temerário que a entidade seja escolhida para executar projetos em áreas tão diferentes sem que haja uma comprovação de sua atuação e especialização em cada uma delas.*

88. *O Instituto já teve algumas fiscalizações julgadas pelo TCE-RJ, em que foram apontadas irregularidades em sua atuação:*

i) Aplicação dos recursos em finalidade diversa da pactuada;

ii) Utilização de Termo de Parceria, quando o instrumento adequado seria o contrato administrativo;

iii) Previsão de objeto para o desempenho de funções de natureza não eventual e de caráter tipicamente operacional e contínuo, sem a realização de concurso público;

iv) Não atendimento à Decisão do TCE-RJ.

89. *Também existem processos judiciais em Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, os quais questionam termos de parceria do município com o Instituto celebrados ainda em 2005. E a Prefeitura de Itaboraí já havia constatado que o controle dos custos de pessoal contratado pelo Instituto era deficiente, antes mesmo da celebração do Termo de Parceria, pois o Plano Municipal de Saúde o enumerava como desafio imposto ao Núcleo de Recursos Humanos da Secretaria de Saúde*

90. *O município de **Candeias-BA** celebrou contrato de gestão com o IMCBA para gestão de operacionalização e execução das ações e serviços de saúde no Hospital Municipal José Mário dos Santos e para gestão e administração de Unidade de Pronto Atendimento. Esses contratos, conforme*

se verifica de seus preâmbulos, são regidos, respectivamente, pela Lei Estadual 8.647/2003 e pela Lei Federal 9.637/1998. Ambas as leis exigem que, para a celebração do contrato de gestão, a entidade privada e sem fins lucrativos deva ser qualificada como Organização Social. Entretanto, quando da celebração dos citados contratos de gestão, o IMCBA ainda não possuía tal qualificação, o que veio a ocorrer apenas um ano depois.

91. *O município também celebrou contrato de gestão com o Centro Médico Aracajú Ltda., pessoa jurídica de direito privado, **com fins lucrativos**, para gestão do Hospital Municipal José Mário dos Santos. Acontece que, tanto a legislação federal quanto a estadual, definem o contrato de gestão com o instrumento passível de ser firmando como pessoa jurídica de direito privado, **sem fins lucrativos**, que tenha sido qualificada como OS, não sendo possível a contratação de entidades com fins lucrativos para gerenciamento de unidades públicas de saúde.*

92. *O princípio da legalidade na Administração Pública estabelece que os atos governamentais estejam condicionados ao atendimento da lei. Observa-se que o princípio possui diferente conotação na esfera pública e na privada. Nesta, conforme o inciso II do art. 5º da CF88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Já ao administrador público só é permitido fazer o que a lei autoriza.*

93. *A realização de parcerias do Estado como OSs e Oscips constitui um exemplo da aplicação do princípio da legalidade, pois é necessário que a legislação autorize tais colaborações. Inclusive, a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (CF88, art. 22, inc. XXVII). Por conseguinte, a celebração de ajustes entre o poder público e entidades privadas deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação federal.*

94. *Os instrumentos que a legislação disponibiliza para que o gestor público realize ajustes com agentes privados incluem: contrato administrativo, convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, contrato de concessão de serviço público, contrato de adesão de permissão de serviço público, contrato de parceria público-privada. Para a transferência do gerenciamento de um serviço público, juntamente com a utilização de infraestrutura pública, a legislação federal prevê a celebração de contrato de gestão com entidade sem fins lucrativos qualificada como OS ou a formalização de Parceria Público-Privada (PPP).*

95. *A transferência da responsabilidade pela prestação dos chamados “serviços não-exclusivos”, conforme preconizada na Reforma do Aparelho do Estado levada a termo durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, pressupõe que esses serviços serão prestados por entidades sem fins lucrativos, para evitar que a busca pelo lucro resultasse em prejuízos à qualidade e equidade dos serviços prestados à população.*

96. *Além disso, a relação estabelecida com as entidades do terceiro setor é de parceria, de fomento. Assemelha-se ao convênio, considerando que deve haver convergência de interesses entre o Poder Público e a entidade na prestação dos serviços, não obstante as peculiaridades do controle por resultados. Para o estabelecimento de tal relação, as leis elaboradas no processo da reforma introduziram os instrumentos do Contrato de Gestão (Organizações Sociais) e do Termo de Parceria (Oscip). A relação entre o Estado e as empresas privadas com fins lucrativos não apresenta este aspecto essencial da colaboração, que é a existência de interesses recíprocos.*

97. *É certo que o contrato administrativo pode e deve ser utilizado para a aquisição de serviços de saúde. Contudo, não há permissivo legal para a terceirização da gestão de unidades de saúde próprias por meio de tal instrumento. A própria natureza do contrato, no qual os interesses das partes são opostos e contraditórios, implica óbice à utilização desse instrumento para tal finalidade. O permissivo do Contrato de Gestão, a ser firmado com entidade sem fins lucrativos, busca*

precisamente mitigar esse conflito de interesses, entregando a gestão de um serviço de saúde pública a uma entidade com maior vocação para os interesses da sociedade.

98. *No Município de **Ibirapitanga-BA**, foi realizada dispensa de licitação objetivando a contratação de Oscip para realizar atividades complementares nas áreas de Saúde, Educação, Apoio Administrativo, Infraestrutura e Assistência Social. Sagrou-se vencedor do certame o Instituto de Projetos e Apoio Social do Brasil (Ipsab). No entanto, o município não fez uma análise quanto à capacidade operacional da entidade para prestar o serviço. Não há qualquer comprovação da execução pela entidade de outros projetos condizentes com o objeto do ajuste celebrado. Apesar da afirmação colhida na Prefeitura de que a Oscip atua em outros municípios, não foi apresentada nenhuma documentação comprobatória.*

99. *Idêntica situação ocorreria no município de **Barra do Choça-BA** quando da celebração do Termo de Parceria com o Centro Comunitário Barra do Choça. Não há comprovação da execução pela entidade de outros projetos condizentes com o objeto do ajuste celebrado. No atestado de capacidade técnica, foi mencionada apenas a parceria com o Município de Barra do Choça desde 2003. No “Formulário para Declaração de experiência na Prestação de Serviços”, consta que a entidade apenas prestou serviços junto à Prefeitura de Barra do Choça.*

100. *No município de **Candelária-RS**, a terceirização de profissionais de saúde vem ocorrendo desde 2004, por meio da celebração de convênios com a Associação Pró-Desenvolvimento da Cidadania de Candelária (Adeccan). Segundo o estatuto da entidade, ela foi instituída em 18/11/2003, ou seja, poucos meses antes de celebrar convênio com o município. Em sua missão estão reproduzidas todas atividades elencadas pela Lei 9.790/1999 como possíveis de serem desempenhadas por uma Oscip, abrangendo as diversas áreas de atuação, como assistência social, cultura, educação, saúde, segurança alimentar, meio ambiente, desenvolvimento econômico, assessoria jurídica, estudos e pesquisas de tecnologias alternativas.*

101. *Segundo informações da equipe de auditoria, a instituição e atuação da Adeccan envolvem exclusivamente a prestação de serviços à Prefeitura Municipal de Candelária. A entidade sequer possui sede própria, utilizando endereço do escritório de contabilidade encarregado do registro das suas operações. Entre os sócios fundadores da entidade, estava o então prefeito do Município, Sr. Elcy Simões de Oliveira. O Decreto 6.170/2007, que regulamenta os convênios no nível federal, veda a celebração de convênio com entidade privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, conforme estabelecido no inc. II do art. 2º.*

102. *Os indícios apontam que a entidade foi criada exclusivamente para intermediação de mão de obra para o município, sem possuir experiência anterior nem estrutura própria. Seu estatuto já foi formulado prevendo todas atividades possíveis de serem desempenhadas por Oscips e também prevê como fonte de recursos os termos de parcerias e convênios celebrados com o poder público.*

103. *Em **Imperatriz-MA**, foi identificada a contratação por dispensa de licitação sem que fosse demonstrada a regularidade fiscal das empresas contratadas. A equipe de auditoria apontou ainda a contratação de empresa de fachada ou inexistente. A empresa Centro de Medicina Clínica Ltda. (Cemec) foi contratada para prestar serviços de urgência e emergência em clínica médica. Porém, a entidade não existe no endereço cadastrado e não há médicos cadastrados pela empresa na Rais 2013. A SMS não conseguiu comprovar o vínculo dos médicos prestadores de serviço para com a empresa. A auditoria da SMS informou que, ao contrário dos demais, os processos de pagamento a esta empresa não são auditados. Soma-se a isso o fato de a empresa já ter sido contratada anteriormente pela SMS, com celebração de contrato antes mesmo da constituição regular da empresa, ou seja, antes mesmo que ela existisse juridicamente.*

3.4. Inadequação dos instrumentos jurídicos utilizados para formalizar a terceirização

104. Não existe regulamentação em Lei acerca da terceirização no Brasil, tanto na administração pública quanto na esfera privada. Diante da necessidade de contratar profissionais de saúde por vias diferentes do concurso público, muitos entes governamentais adotam diversos tipos de instrumentos jurídicos: contrato de gestão, termo de parceria, convênio, contrato administrativo, credenciamento, etc. A legalidade e viabilidade da utilização destes diferentes tipos de ajustes será analisada no próximo Capítulo. Aqui, busca-se apontar os problemas identificados nos instrumentos analisados pelas equipes de auditoria.

105. Independentemente do tipo de ajuste celebrado, alguns elementos são essenciais a todos eles. O principal, provavelmente, é a descrição do objeto. Se a Administração não detalha claramente aquilo que está sendo contratado, não terá condições de saber se está recebendo exatamente aquilo de que ela precisa. Todavia, este elemento primordial de todo ajuste que estabeleça uma relação entre o poder público e agentes privados é negligenciado por muitos dos municípios fiscalizados.

106. A Lei 8.666/1993 define o Projeto Básico como o documento que contém o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares. Ainda segundo o art. 14 da Lei, “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”.

107. A Lei 9.790/1999, que normatiza as parcerias celebradas com Oscips, dispõe que:

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

108. A Lei 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias entre o poder público e as entidades sem fins lucrativos, e que se aplica também às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como Oscips, define o plano de trabalho como o documento que deverá preceder à celebração das parcerias. Segundo a Lei, devem constar do plano de trabalho, entre outros elementos:

II - descrição pormenorizada de metas quantitativas e mensuráveis a serem atingidas e de atividades a serem executadas, devendo estar claro, preciso e detalhado o que se pretende realizar ou obter, bem como quais serão os meios utilizados para tanto;

V - elementos que demonstrem a compatibilidade dos custos com os preços praticados no mercado ou com outras parcerias da mesma natureza, devendo existir elementos indicativos da mensuração desses custos, tais como: cotações, tabelas de preços de associações profissionais, publicações especializadas ou quaisquer outras fontes de informação disponíveis ao público;

VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pela administração pública;

VII - estimativa de valores a serem recolhidos para pagamento de encargos previdenciários e trabalhistas das pessoas envolvidas diretamente na consecução do objeto, durante o período de vigência proposto;

109. Em **Candelária-RS**, a terceirização da contratação de profissionais de saúde foi celebrada por meio de um convênio com a Adeccan. Segundo o Convênio 1/2011:

Constitui objeto deste Convênio a conjunção de esforços entre os participantes, através da contratação de monitores profissionais para o desenvolvimento das atividades das seguintes Ações e Programas: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti); Apoio Sócio Educativo em Meio Aberto (Asma); Programas Sócio-Assistenciais; Ações Comunitárias em Geral; Programas de Agentes Comunitários de Saúde; Estratégias da Saúde da Família; Programa de Saúde Bucal;

Programa de Saúde Coletiva; Projeto de Centro de Especialidades Médicas; Programa de Combate à Dengue e Outras Endemias; Pronto Atendimento Municipal; Programa de Saúde Mental e Evidências Terapêuticas; Centro de Atendimento Psicossocial (Caps); Farmácia Popular; Controle e Auditoria da Administração do Sistema Único de Saúde.

110. *O objeto é definido de forma genérica. No convênio, estão ausentes informações fundamentais para dimensionar os quantitativos de profissionais a serem disponibilizados pela contratada, haja vista que o ajuste envolve, basicamente, a disponibilização de profissionais visando a execução dos programas e ações elencados acima. Além disso, não existe nenhuma definição ou estimativa quanto aos custos da contratação, definidos em planilha com indicação dos salários, encargos, despesas administrativas e operacionais.*

111. *O ajuste possibilita que sejam agregados tantos funcionários quantos sejam considerados necessários à execução do objeto, com acréscimos e supressões definidos pela Administração, com pagamento de salários definidos informalmente entre as partes.*

112. *No município de Itaboraí-RJ, o Termo de Parceria celebrado com a Oscip Instituto Sorrindo Para a Vida tem como objeto:*

O presente TERMO DE PARCERIA tem por objeto atuar em parceria com o Município de Itaboraí e sob a supervisão do Conselho Municipal de Saúde, objetivando aprimoramento da execução da gestão em saúde, da rede de atenção básica, rede ambulatorial, hospitalares e especializadas.

O detalhamento dos objetivos, das metas, dos resultados a serem atingidos, do cronograma de execução, dos critérios de avaliação de desempenho, com os indicadores de resultados, e a previsão de receitas e despesas, na forma do inciso IV do §2º do art. 10 da Lei nº 9.790/99, constam do Programa de Trabalho proposto pela Oscip e aprovado pelo PARCEIRO PÚBLICO, sendo parte integrante deste TERMO DE PARCERIA, independentemente de sua transcrição.

113. *O Programa de Trabalho proposto pela Oscip segue o projeto básico elaborado pelo município e apresenta como metas:*

- i) Cumprimento e Aplicação do Plano Municipal de Saúde, no que concerne às Políticas Públicas e Programas;*
- ii) Recuperação, Conservação da Área Física;*
- iii) Organização Gerencial e Funcionamento da Farmácia, do Almoxarifado, do RH e Laboratório e do Enxoval e Uniformes;*
- iv) Aquisição e Locação: de Máquinas, Aparelhos, Informática incluindo Sistemas e Equipamentos, Mobiliário em Geral, Medicamentos e Insumos hospitalares;*
- v) Manutenção Geral das Unidades de Atendimento do Sistema, Equipamentos, de Máquinas e de Veículos;*
- vi) Hierarquização e Organização do fluxo e contra fluxo do atendimento;*
- vii) Implantação de Serviços e Programas Médicos e Afins;*
- viii) Contratação de serviços de terceiros;*
- ix) Aprimoramento do Serviço de Faturamento (Fluxo e Sistemas);*
- x) Implantação do Processo de Acolhimento com Avaliação e Classificação de Risco;*
- xi) Implantação da Política Nacional de Humanização.*

114. *As atribuições da Oscip envolveriam, segundo o Termo de Parceria e o Programa de Trabalho, assumir a responsabilidade pela gestão completa da saúde no município, sendo responsável pela contratação de profissionais, compra de equipamentos, regulação assistencial, contratação de*

serviços, manutenção de instalações físicas, gestão de hospitais e unidades de saúde, etc. No detalhamento das metas, constam ações como:

- i) Implantar o complexo regulador;
- ii) Implantar o atendimento às urgências e emergências na atenção básica;
- iii) Reorganização da farmácia central;
- iv) Construir novas unidades de saúde;
- v) Estruturar o Departamento de saúde conforme os blocos de financiamento, com adequação sistemática do organograma funcional;

115. Percebe-se que a própria definição do organograma de um órgão público seria realizada pela Oscip. Seriam transferidas ao Instituto funções básicas da SMS, inclusive relacionadas com a construção de novas unidades de saúde e implantação da regulação assistencial, uma atividade que é considerada exclusiva do Poder Público, uma vez que as atividades exercidas são tipicamente estatais, como a priorização do acesso, a definição de que usuários devem ser atendidos em quais serviços, o controle dos leitos e das agendas de consultas, etc. A Portaria MS/GM 1.559/2008 define as competências dos entes governamentais, entre as quais “executar a regulação, o controle, a avaliação e a auditoria da prestação de serviços de saúde”. Segundo o Livro 10 do Conass:

Obviamente, os governos têm uma importante e **intransferível** função de regular o setor saúde em seus vários aspectos de gestão, prestação da assistência, financiamento e administração. Comumente, seus objetivos são limitar custos, evitar excesso de oferta e prevenir ou monitorar a má prática [grifo nosso].

116. Também é temerário que o governo municipal se utilize de entidades privadas para assumirem a construção de unidades de saúde e contratação de serviços de terceiros, atividades que são indelegáveis.

117. Apesar de o Termo de Parceria prever esta gama significativa de atribuições a serem transferidas para a Oscip, a equipe de auditoria não pôde analisar – até o momento da elaboração do presente relatório – o que foi efetivamente realizado pela entidade, tendo em vista que a SMS não apresentou nenhuma documentação de prestação de contas do Instituto, afirmando que não foi possível localizá-la. Assim, a SMS não apresentou nenhum documento que comprovasse a execução de serviços relacionados à transferência de mais de R\$ 44 milhões.

118. Em **Imperatriz-MA**, os contratos administrativos celebrados com as clínicas privadas apresentam graves falhas de falta de detalhamento do objeto e ausência de cláusulas essenciais. No Contrato 01/2014, não há definição clara do objeto do contrato, que faz apenas referência da conformidade com o Pregão Presencial 133/2013-CPL – que sequer é o consectário do contrato analisado – e seus anexos, independentemente de transição. Nem mesmo no termo de referência há uma definição clara e precisa do objeto contratado, inferindo-se apenas, de forma genérica, “serviço médico eletivo, urgência e emergência em cirurgia geral e cirurgia plástica reparadora”, sem especificação concisa de todos os serviços contratados. Até mesmo porque a planilha de custos anexa ao termo de referência nada mais é do que uma transcrição da Tabela SUS.

119. Não há cláusula específica que fixe um preciso detalhamento do regime de execução, ou seja, da forma da prestação dos serviços: local da execução, fornecimento de medicamentos e materiais de consumo, utilização de equipamentos e remuneração dos serviços de apoio.

120. No Contrato 21/2014 (peça 51, p. 1-7), a cláusula sexta, que estabelece o preço dos serviços contratados, enumera diversos procedimentos a serem realizados pela contratada conjuntamente com o aluguel de equipamentos, como nos exemplos abaixo:

- i) Exames de endoscopia + locação de equipamentos, estimados em 240 ao mês, a R\$ 200,00 cada, com valor mensal estimado em R\$ 48.000,00;
- ii) Até 50 colonoscopias + locação de equipamentos, no valor de R\$ 400,00 cada, com valor mensal estimado em R\$ 20.000,00.

121. Não há no contrato qualquer discriminação de quanto desse valor refere-se ao procedimento e quanto envolve a remuneração pelo aluguel dos equipamentos, não há especificação de quais equipamentos estariam sendo locados e por qual prazo. Em análise à Tabela SUS, um exame de colonoscopia possui o valor de R\$ 112,66, ou seja, este é o valor pelo qual o SUS remunera um hospital privado que venha a realizar tal procedimento, apenas 28% do valor estabelecido no contrato.

122. O Contrato 55/2014 (peça 51, p. 8-12) tem como objeto a “execução de serviços médicos de urgência e emergência e eletivo na área de cirurgia neurológica”. A cláusula sexta, que dispõe sobre o preço, estabelece o valor mensal de R\$ 100.000,00, sendo R\$ 30.000,00 relativos a plantão de sobreaviso, R\$ 20.500,00 por serviços de visita do pós-operatório, R\$ 18.000,00 pela disponibilização do material utilizado nas urgências/emergências do centro cirúrgico do Hospital Municipal de Imperatriz e R\$ 700,00 por cirurgia eletiva, estimadas em vinte por mês, com valor mensal estimado em R\$ 14.000,00.

123. Quanto ao plantão de sobreaviso, não há discriminação de quantos profissionais devem realizar o plantão, como será distribuída a escala, quais as regras em termos de tempo de atendimento ao chamado do hospital, etc. Quanto à disponibilização de material para o centro cirúrgico, não há especificação de que material e em que quantidade ele será disponibilizado, como será a entrega do material, em que prazos e como seria o controle de sua utilização pela SMS.

124. O Contrato 66/2014 (peça 51, p. 27-34) tem por objeto:

A locação de máquinas de hemodiálise, materiais e insumos para realização de procedimentos dialíticos peritoneais; material de alto custo incluindo cateteres, capilares e linhas de hemodiálise; equipamento de tratamento de água por osmose reversa portátil; manutenção preventiva e reparadora de todos os equipamentos disponibilizados e qualquer outro recurso humano, exceto médicos, necessário à realização dos procedimentos dentro das UTIs adulta e infantil do Hospital Municipal de Imperatriz.

125. Apesar de ter como objeto a locação de equipamentos, o contrato não enumera em momento algum quais equipamentos são esses e em que quantidade devem ser disponibilizados, quais os requisitos necessários. Além disso, apesar de o objeto excluir a disponibilização de médicos, foram mantidas no contrato diversas cláusulas padrões usadas em contratos celebrados para contratação de serviços médicos, como a cláusula terceira, que prevê que os profissionais da contratada são considerados como: os membros de seu corpo técnico; o profissional com vínculo de emprego a ela; e o profissional autônomo que preste serviços a ela. Também foram mantidas cláusulas dos contratos que preveem plantão de sobreaviso.

3.5. Fiscalização e controle da execução dos ajustes deficientes

126. O controle realizado pelo poder público sobre a execução dos ajustes celebrados com agentes privados é essencial para a verificação de que os serviços estão sendo efetivamente prestados na quantidade e qualidade contratadas. A fiscalização do contrato administrativo não é uma mera opção discricionária da autoridade administrativa. Trata-se de um poder-dever. A lei impõe a obrigação de acompanhamento e fiscalização da execução do ajuste por uma pessoa especialmente designada pela Administração. Segundo a Lei 8.666/1993:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

127. *A Lei 13.019/2014, que regula as parcerias voluntárias, estabelece uma série de regras quanto ao controle e fiscalização dos ajustes celebrados com as entidades sem fins lucrativos, demonstrando a real importância destas funções para a adequada gestão dos serviços contratados:*

Art. 8º Ao decidir sobre a celebração de parcerias previstas nesta Lei, o administrador público considerará, obrigatoriamente, a capacidade operacional do órgão ou entidade da administração pública para instituir processos seletivos, avaliará as propostas de parceria com o rigor técnico necessário, fiscalizará a execução em tempo hábil e de modo eficaz e apreciará as prestações de contas na forma e nos prazos determinados nesta Lei e na legislação específica.

Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

V - emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

e) da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos;

Art. 58. A administração pública está incumbida de realizar procedimentos de fiscalização das parcerias celebradas antes do término da sua vigência, inclusive por meio de visitas in loco, para fins de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto, na forma do regulamento.

Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil.

Art. 60. Sem prejuízo da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria poderá ser acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada esfera de governo.

128. *A Lei 9.790/1990, que dispõe sobre as parcerias com as Oscips, também estabelece diversas regras relacionadas com a fiscalização da execução do ajuste:*

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

129. Observa-se que as leis que regem os diferentes instrumentos jurídicos utilizados na relação do poder público com agentes privados valorizam de forma significativa a fiscalização da execução. Porém, o que as auditorias verificaram é que a maioria dos municípios fiscalizados carece dos requisitos mínimos para o exercício de uma fiscalização, o que garantiria que os serviços estivessem sendo executados conforme o contratado.

130. Nos processos de pagamento analisados pelas equipes de auditoria, na maior parte dos casos, não foram encontrados registros de controle de frequência dos profissionais da saúde, e no caso de serviços médicos, de registros de controles, em cada unidade de saúde, de atendimentos realizados, como identificação de usuários/pacientes atendidos, data e horário de atendimento, profissional/médico que realizou o atendimento, diagnóstico do paciente, enfim, de elementos que deveriam embasar cada nota de liquidação.

131. Em regra, os elementos informativos apresentados às equipes de auditoria, em atendimento às requisições, deixaram de atender à finalidade de um adequado processo de liquidação de despesa. São dados desconexos, sem demonstração da correlação com os pagamentos autorizados e desprovidos de informações que permitam adequada quantificação de valores.

132. A liquidação de despesa dessa natureza exige que se reúna, no processo de pagamento, um conjunto de evidências de que os correspondentes serviços tenham, de fato, sido prestados. Diferentemente da execução de uma obra, ou do fornecimento de bens, os serviços normalmente não deixam, por si só, evidências físicas de que tenham sido efetuados.

133. É necessário que existam controles capazes de demonstrar que os serviços foram efetivamente realizados, e a exata correlação existente com os valores da liquidação. Tais controles devem ser realizados no momento da execução. Devem ser registrados e levados, de forma organizadamente clara, para os processos de pagamento. Semelhantes reflexões foram expostas no Relatório que fundamenta o Acórdão 5.711/2013-TCU-1ª Câmara, conforme segue:

Esta Corte de Contas tem se pronunciado em reiteradas oportunidades que a boa e regular aplicação dos recursos públicos só pode ser comprovada mediante o estabelecimento do nexo entre o desembolso dos recursos federais recebidos e os comprovantes de despesa apresentados. A prestação de contas não pode ser, assim, constituída exclusivamente por um agrupamento desordenado de documentos, que nada comprovam. No caso sob exame, não há nos documentos encaminhados pelos responsáveis sequer comprovantes das despesas efetuadas.

134. Em oito dos onze municípios visitados não houve sequer designação formal de representante da Administração incumbido do acompanhamento e fiscalização do ajuste. Dos outros três, no município de **Ibirapitanga-BA** houve designação, mas o representante designado declarou que, na prática, a fiscalização não ocorre, alegando que supunha não precisarem de acompanhamento os Termos de Parceria celebrados com Oscips. Deste modo, não há registros ou qualquer espécie de controle auxiliar quanto às ocorrências relacionadas à execução do Termo de Parceria.

135. No município de **Candeias-BA**, os contratos de gestão celebrados trazem cláusulas que definem o acompanhamento e fiscalização por parte de órgão da SMS, que emitiria relatórios técnicos sobre os resultados alcançados pela contratada quanto às metas pactuadas, quanto à economicidade

do desenvolvimento das respectivas atividades e quanto ao cumprimento da gestão. Todavia, a SMS não entregou à equipe de auditoria nenhum dos relatórios técnicos solicitados. No processo de pagamento não consta a relação de médicos que prestaram os serviços nem os horários onde o fizeram. Não há planilha indicativa de que houve conferência, de algum fiscal da Secretaria de Saúde, da presença efetiva dos médicos.

136. A equipe de auditoria responsável pela fiscalização dos municípios da Bahia ainda avaliou a atuação do controle interno no acompanhamento dos ajustes celebrados. No município de Candeias-BA não existem procedimentos do controle interno quanto à fiscalização do contrato de gestão. Em **Jeremoabo-BA**, os relatórios mensais de controle interno não fazem nenhuma referência aos recursos transferidos a instituições privadas sem fins lucrativos, bem como sobre a regularidade ou não das atividades desempenhadas por estas instituições em relação aos recursos pagos.

137. O **Governo do Estado da Bahia**, por meio da Secretaria Estadual de Saúde (SES) firmou com a Coofsaúde Cooperativa de Trabalho contrato administrativo cujo objeto é a prestação de serviços médicos hospitalares aos usuários do SUS em hospitais públicos de urgência/emergência e retaguarda.

138. Em entrevista ao gestor do hospital, questionou-se a forma de controle utilizada para se aferir a presença dos médicos cooperados. Foi informado, entretanto, que não é prática usual do hospital exercer o referido controle. Segundo o gestor, isso decorre da inviabilidade de implantação do mesmo uma vez que, além de existirem dezoito empresas prestadoras de serviços no hospital, as contratações são feitas por meio de postos, não havendo, por conseguinte, um rol fechado de profissionais de forma que se possa garantir fidedignamente a frequência ou não de tais profissionais. Assim, o Hospital encarrega-se tão somente da aferição da presença dos profissionais que a ele estejam diretamente ligados, ou seja, dos servidores estatutários. É temerário que o hospital sequer tenha conhecimento de quem são os médicos que estão atuando dentro dele, que não existam escalas definidas previamente e que não sejam instituídos controles para verificar o cumprimento das escalas.

139. No Município de **Bela Vista do Paraíso-PR**, a SMS não apresentou documentos que pudessem comprovar a fiscalização da execução dos ajustes celebrados com a Oscip Instituto Corpore. Não foi designado representante formal da Administração para acompanhamento da execução do ajuste e não há nenhum documento referente à participação do Conselho Municipal de Saúde na sua fiscalização, conforme determina o art. 11 da Lei 9.790/1999. Também não foi instituída comissão de avaliação para mensurar os resultados alcançados pela Oscip, conforme determina o §1º do mesmo dispositivo.

140. Em muitos processos de pagamento, o único documento que revela alguma ação da Administração é o carimbo no verso dos recibos emitidos pelo Instituto com a expressão: “declaro que recebi os materiais e/ou serviços, constante na nota fiscal”, assinada por servidor Prefeitura Municipal, mas sem a identificação de quem assina.

141. Os pagamentos foram efetuados sem adequado suporte documental. Nos processos de pagamentos constam: recibo emitido pelo Instituto Corpore; nota de empenho; nota de liquidação; comprovante de transferência bancária. Alguns pagamentos contemplam ainda planilhas identificadas como “cálculo da folha de pagamento”. As notas de liquidação são assinadas pelo Prefeito Municipal.

142. Outro problema grave na atuação do município relacionada à fiscalização da execução do ajuste refere-se à aceitação de meros recibos como documentos suficientes para a liquidação da despesa. A Oscip não emitiu notas fiscais relativas aos serviços prestados, como exigem os arts. 1º e 2º da Lei 8.846, de 21/1/1994. Além disso, os recibos apresentados pelo Instituto não atendem ao disposto nos arts. 62 e 63 da Lei 4.320, de 17/3/1964. A nota fiscal é o documento hábil e idôneo para a liquidação e pagamento da despesa pública com pessoa jurídica.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

143. Sem emitir nota fiscal, a Oscip Instituto Corpore deixou de recolher uma série de tributos, como a cota patronal da previdência social e as Contribuições PIS/Cofins. A equipe de auditoria destaca que não houve preocupação, pela Prefeitura Municipal, com os aspectos de comprovação de recolhimento de tributos e da falta de documento fiscal para os pagamentos dos serviços prestados. Entende-se que somente desta forma estariam atendidas as disposições. Nesse sentido, não é possível enquadrar a liquidação e pagamento de despesa pública com pessoa jurídica utilizando-se de recibos sem validade fiscal como mera falha de natureza formal, sobretudo por que a falta de nota fiscal já pressupõe indícios de sonegação de tributos, contaminando toda a despesa pública. Por meio dos documentos apresentados não é possível comprovar que os serviços tenham sido efetivamente prestados.

*144. Nos municípios de **Balneário Camboriú-SC** e **Imperatriz-MA**, a terceirização consistiu na celebração de contrato administrativos com empresas privadas para que estas ficassem responsáveis pelos procedimentos relacionados à determinada especialidade médica nos respectivos hospitais municipais. Em nenhum dos municípios houve designação formal de representante para fiscalizar os contratos; em ambos os casos a SMS informou que a fiscalização dos ajustes cabe ao diretor administrativo do hospital.*

*145. Em **Imperatriz-MA**, foram requisitados à SMS os processos administrativos concernentes à fiscalização e controle dos contratos selecionados, sendo que o órgão informou que esse acompanhamento está demonstrado nos processos de pagamento por meio do atesto firmado pelo servidor responsável. A despeito da importância do atesto no processo de liquidação das despesas, este não é suficiente para demonstrar que está sendo realizada uma fiscalização adequada. Não foram apresentados elementos que demonstrassem a realização de um trabalho sistemático visando a verificar a adequação dos serviços prestados em relação às disposições contratuais e a conferência de registros de procedimentos médicos nos documentos que subsidiam a apuração de produção para pagamento. Corrobora o achado o aspecto de que o fiscal do contrato, o diretor administrativo do Hospital Municipal de Imperatriz, em entrevista com a equipe, ter informado que seu acompanhamento é focado na questão de frequência dos profissionais e sua presença constante nos setores do hospital e que não há um registro oficial das ocorrências verificadas.*

*146. Em **Balneário Camboriú-SC**, os contratos administrativos celebrados com empresas privadas de serviços médicos para prestação de serviços no Hospital Municipal Ruth Cardoso previam que a execução dos serviços objeto do edital deveria ter acompanhamento e fiscalização integral por responsável legal do Contratante. Além disso, a Contratada deveria encaminhar ao Contratante, ao final de cada mês, o relatório de prestação dos serviços e de produtividade em relação às metas estabelecidas, para a devida apreciação e aprovação, por parte da fiscalização do Contratante, como condição para aprovação e pagamento da parcela relativa. Caberia ao Contratante, por sua vez, as seguintes obrigações:*

- i) Dar apreciação e aprovação, caso proceda, dos relatórios mensais de execução dos serviços objeto do contrato;*
- ii) Designar uma pessoa categorizada para supervisionar e acompanhar o desenvolvimento dos serviços, servindo de elo entre as partes;*
- iii) Designar para a fiscalização dos serviços, pessoal técnico com conhecimento da área específica, que fará todo o acompanhamento dos serviços e desenvolverá relatórios; e*

iv) *Com base nos relatórios mensais da contratada e de indicadores de qualidade e de pesquisa de satisfação do usuário, apresentar parecer conclusivo e encaminhá-lo a apreciação da autoridade superior do Município, para as necessárias avaliações.*

147. *Todavia, não houve designação formal do responsável da Administração pela fiscalização dos contratos. A SMS informou que os fiscais seriam a Diretora Geral e o Diretor Administrativo do Hospital, mas tal função não poderia caber a estes gestores, em razão do princípio da segregação de funções, principalmente pelo fato de ambos os diretores também atestarem os respectivos serviços.*

148. *Durante a execução dos trabalhos também não foi disponibilizada à equipe documentos capazes de comprovar que as empresas contratadas elaboram os relatórios de prestação dos serviços e de produtividade mencionados nos contratos, nem mesmo que o encaminhamento de tais documentos é requerido das empresas por parte dos gestores municipais.*

149. *Verificou-se, ainda, nos processos de pagamento, que os gestores da Secretaria de Saúde do município atestam os documentos fiscais e autorizam os pagamentos sem que haja garantia da efetiva prestação dos serviços. Não há um controle de frequência dos médicos que trabalham no Hospital por meio das empresas contratadas, nem há fiscais designados para acompanhar a execução contratual e assim, garantir a correta prestação dos serviços, bem como a sua comprovação.*

150. *A auditoria realizada constatou que boa parte dos médicos que atuam no Hospital mantém vínculos funcionais com outras entidades, sejam públicas ou privadas. Afora aqueles que são servidores da própria Prefeitura de Balneário Camboriú, existem outros pertencentes aos quadros de pessoal de prefeituras da região, e a grande maioria tem também alguma ligação com entidades privadas, seja como sócio, seja como empregado.*

151. *A constatação da existência de médicos com vários vínculos demonstra a inviabilidade prática de cumprimento integral e regular de algumas das escalas de serviço a qual o profissional se submete, inclusive, com grande probabilidade de não estar sendo devidamente prestado os serviços contratados, fato que reforça os riscos de os gestores estarem atestando a liquidação das despesas de forma irregular.*

152. *O fato de a licitação ter como unidade de medida “horas trabalhadas” seria mais um motivo para existir um maior controle da frequência dos médicos e da produção de cada um dentro do hospital. A previsão da forma como tais horas deveriam ser comprovadas seria essencial nos termos de referência e editais, mas nada consta a respeito.*

153. *Soma-se a isso a constatação da equipe do Denasus-SC, sobre a existência de baixa taxa de ocupação dos leitos do hospital municipal (44,87% em 2013 e 67% em 2014), tendo em vista a comparação do número de leitos cadastrados no CNES e a demanda reprimida de internações hospitalares. Essa constatação tem relação direta com a produção de serviços médicos de responsabilidade das empresas contratadas, únicas fornecedoras de profissionais médicos ao referido hospital. A média aceitável pelo Ministério da Saúde é uma taxa de 75% de ocupação dos leitos hospitalares.*

154. *Alguns contratos, além de o objeto prever número de horas de disponibilização dos profissionais, também foi estabelecida a realização de determinado número de cirurgias eletivas. Em relatório apresentado pela SMS, o número de cirurgias realizadas mostrou-se inferior ao contratado, em alguns casos chegando a apenas 15% do estabelecido. Todavia, mesmo assim foi liquidado e pago o valor integral do contrato.*

3.6. Negativa da comprovação da aplicação dos recursos na execução do objeto

155. *O tipo de instrumento jurídico utilizado na terceirização de profissionais de saúde possui implicações importantes para a fiscalização da execução dos serviços. Dependendo do tipo de ajuste,*

haverá uma relação de parceria ou uma relação comercial entre o ente municipal e a entidade privada.

156. *Haverá uma relação de parceria com entidades sem fins lucrativos quando for celebrado um termo de parceria, um convênio ou um contrato de gestão. Neste tipo de ajuste, poder público e iniciativa privada conjugam esforços para o alcance de um objetivo comum. Assim, o governo transfere à entidade sem fins lucrativos recursos financeiros para que ela possa executar serviços de interesse coletivo. A entidade deve aplicar os recursos apenas na consecução do objeto do ajuste e prestar contas de sua utilização.*

157. *Já no caso de uma relação comercial por meio de contrato administrativo, uma vez que a entidade tenha prestado o serviço, não há necessidade de demonstrar onde aplicou os recursos, trata-se de uma remuneração pelo serviço prestado. Porém, quando o ajuste se trata de terceirização de mão de obra, existem algumas peculiaridades. É preciso que a entidade demonstre que recolheu os encargos trabalhistas e remunerou os profissionais contratados para atuarem junto ao ente governamental.*

158. *Muitos dos ajustes celebrados com as Oscips ou mesmo empresas privadas preveem um percentual do valor contratado como taxa de administração ou custo operacional. Tais despesas não possuem previsão na legislação relativa às Oscips, mas a Lei 13.019/2014, que também regula os termos de parceria, estabeleceu que:*

Art. 45. As parcerias deverão ser executadas com estrita observância das cláusulas pactuadas, sendo vedado:

I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;

159. *Porém, a Lei 13.019/2014 fixou a possibilidade de que os ajustes celebrados com as entidades sem fins lucrativos destinem parte dos recursos para custos indiretos:*

Art. 47. O plano de trabalho poderá incluir o pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, em proporção nunca superior a 15% (quinze por cento) do valor total da parceria, desde que tais custos sejam decorrentes exclusivamente de sua realização e que:

I - sejam necessários e proporcionais ao cumprimento do objeto;

II - fique demonstrada, no plano de trabalho, a vinculação entre a realização do objeto e os custos adicionais pagos, bem como a proporcionalidade entre o valor pago e o percentual de custo aprovado para a execução do objeto;

III - tais custos proporcionais não sejam pagos por qualquer outro instrumento de parceria.

160. *Portanto, o ajuste pode prever que custos da entidade sejam cobertos com recursos públicos, desde que tal valor não supere 15% do valor da parceria. Além disso, deve ficar demonstrado que estes valores serão aplicados exclusivamente para a consecução do objeto do ajuste e outras parcerias da entidade com a Administração não podem destinar recursos para os mesmos custos. Portanto, é necessário que a entidade comprove que os custos incorridos a título de despesas operacionais foram aplicados exclusivamente no objeto do termo de parceria e que outros ajustes celebrados junto a outros entes governamentais também não cobriram tais despesas.*

161. *O TCU já se pronunciou acerca da ilegalidade da taxa de administração, conforme Acórdãos 158/2010-TCU-2ª Câmara, 191/2010-TCU-Plenário, 429/2010-TCU-2ª Câmara, 1.903/2008-TCU-2ª Câmara, 503/2007-TCU-Plenário, 1.684/2007-TCU-2ª Câmara e 716/2006-TCU-Plenário. Segundo o voto do Acórdão 1.386/2009-Plenário:*

De um lado, é inadmissível que o Poder Público, ao celebrar termo de parceria, o faça com entidade sem capacidade operacional para executar suas ações, pois tal situação pode colocar em risco o próprio objeto do ajuste, vez que a entidade privada, por ausência de capacidade de gestão, pode não apresentar condições de executar as atividades e atingir os objetivos pactuados.

De outro lado, admitir o financiamento de despesas de custeio da Oscip desvirtuaria a natureza jurídica de parte do recurso público para subvenção social, o que esbarraria nos limites impostos pelas leis de diretrizes orçamentárias.

Como já expus anteriormente, o objetivo do Estado, ao firmar um termo de parceria, é o de formar um vínculo de cooperação com entidade qualificada como Oscip, para o fomento e a execução das atividades de interesse público discriminadas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999. Isso não significa que o Estado está se propondo a custear o funcionamento daquela organização que ele havia qualificado como Oscip, mas sim apoiar o desenvolvimento da atividade que aquela entidade privada já tinha condições de implementar junto à sociedade.

162. *Nesse Acórdão, a Oscip foi condenada a devolver aos cofres públicos os valores recebidos que foram aplicados em benefício da própria entidade, como “prestação de serviços contábeis, apoio administrativo, assessoria e apoio à coordenação do projeto”.*

163. *É importante salientar que o modelo das Oscips tem como natureza a realização de uma parceria entre o poder público e uma entidade sem fins lucrativos. Dentro de uma relação de parceria, não faz sentido que apenas um dos parceiros arque com todos os encargos do desenvolvimento do projeto, custeando inclusive despesas ordinárias da própria entidade parceira. Isso pode ser observado na Lei 9.790/1999, quando esta fala em execução direta pela Oscip das atividades de interesse público:*

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins [grifo nosso].

164. *Assim, espera-se que a Oscip também contribua para a parceria com recursos próprios e que tenha capacidade operacional para desenvolver os serviços.*

165. *No município de Vacaria-RS, foi celebrado Termo de Parceria com a Oscip Instituto Brasileiro Santa Catarina (Ibrasc) que teve por objeto a conjunção de esforços, para cooperação técnica e coordenação de programas, na sua integralidade, para cooperação de programas na área de saúde, na Rede de Atenção às Urgências e Emergências e Higienização das Unidades de Saúde. Porém, o objeto do ajuste configura-se, na realidade, apenas como intermediação de mão de obra, o Instituto não tem responsabilidade sobre a gerência dos programas.*

166. *A equipe de auditoria constatou que todos os médicos que atuam em nome do Ibrasc são, na realidade, vinculados ao Instituto Global Saúde Análises Clínicas Ltda., tendo havido subcontratação por parte da Oscip. A própria subcontratação é questionável, tendo em vista que a celebração de Termo de Parceria com um Oscip pressupõe que a entidade tenha capacidade técnica e operacional para executar os serviços. Ao realizar a subcontratação total do serviço, ela atua como mera interface entre o governo municipal e a empresa privada. Nessa intermediação, o custo da terceirização fica maior, tendo em vista que cada entidade acaba recebendo uma parte dos recursos.*

167. *O termo de parceria prevê que o município repassaria à Oscip R\$ 129,61 pela hora de trabalho diurno e R\$ 152,94 pela hora noturna. Já o contrato entre a Oscip e a empresa prevê o valor de R\$ 113,00 a hora, mas os médicos recebem apenas R\$ 92,72 da empresa. A Oscip não comprovou para a equipe de auditoria a aplicação dos recursos que representaram a diferença entre o valor recebido do município e o valor pago à empresa. Tais valores deveriam ser empregados integral e exclusivamente na consecução do objeto do ajuste.*

168. *Também foi identificada subcontratação no termo de parceria celebrado pelo município e a Oscip Organização Saúde Sustentável, em que o valor pago pela entidade à empresa privada foi inferior ao valor recebido do município, sem haver comprovação da aplicação dos recursos que representam esta diferença.*

169. No município de **Candeias-BA**, em que foi celebrado contrato de gestão com o IMCBA, a prestação de contas da entidade apresenta despesas genéricas como “serviços de terceiros”, “outros (administrativo)” e “manutenção”, sem comprovar a que elas se referem e se tem relação direta com o objeto do ajuste. Conforme se depreende da composição de custos do IMCBA, não consta ali nenhuma previsão para cobrança da taxa de administração. Contudo, vem sendo cobrado sistematicamente pelo instituto a referida taxa, em torno de 5% do valor do ajuste. Tal valor não estava previsto na planilha da proposta de trabalho quando da realização do processo seletivo.

170. Em **Ibirapitanga-BA**, a equipe de auditoria identificou que os pagamentos da Oscip Ipasb aos médicos somam valor inferior ao recebido no termo de parceria e a entidade não comprovou a aplicação da diferença, que representou 20% do valor recebido.

171. Em **Barra do Choça-BA**, que celebrou termos de parceria com o Centro Comunitário Barra do Choça, há cobrança de taxa de administração de 10% sobre o valor bruto das folhas de pagamento.

172. Em **Jeremoabo-BA**, foi identificado o pagamento de diárias pela Coofsaúde, totalizando quase 50% do salário pago aos médicos. Conforme demonstram os contracheques, a Coofsaúde efetuou pagamentos de diárias aos seus cooperados, sem que eles tenham se afastado do município para o exercício de suas atividades, em flagrante burla ao pagamento dos encargos trabalhistas e das contribuições sociais. O valor total pago a título de diárias entre julho de 2011 e abril de 2013 totalizou R\$ 1.212.107,51. Os valores de diárias não foram previstos na planilha de referência apresentada no certame licitatório que culminou a contratação da Cooperativa.

173. No Município de **Bela Vista do Paraíso-PR**, como analisado no item anterior, há graves deficiências nos processos de liquidação da despesa, com indícios de sonegação fiscal, quando a Oscip Instituto Corpore se absteve de reter valores correspondentes a tributos federais e municipais devidos, além de a Prefeitura Municipal não ter exigido documentos fiscais para liquidação da despesa pública, aliados à ausência de fiscalização e de controles na execução dos objetos dos termos de parceria firmados.

174. Em que pese este assunto ser primordialmente de interesse da Secretaria da Receita Federal, deve-se esclarecer que há nexo de causalidade entre a ausência de recolhimento de tributos sobre a folha de pagamento e sobre o faturamento e as despesas operacionais apresentadas pelo Instituto Corpore. Ou seja, como não são recolhidos tributos, todo o percentual de 10% que compôs as propostas da Oscip a título de taxa de fomento, que incide sobre o somatório da remuneração dos empregados com as provisões de 13º salário, férias e FGTS, é revertido integralmente para despesas operacionais.

175. Segundo a equipe de auditoria, os casos verificados no município foram de meros fornecimentos de mão de obra, que ficava integralmente sob gerenciamento SMS, em nada se assemelhando a um vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/1999. Evidenciam esta constatação as próprias prestações de contas apresentadas pelo Instituto Corpore, que se resumem a apresentar os gastos com a remuneração de empregados, com os tributos retidos na fonte (INSS e IRPF) e com as provisões para 13º salário, férias e FGTS.

176. Acrescente-se que todo o pessoal alocado nos termos de parceria atua na área fim e nas dependências do Departamento de Saúde da Prefeitura Municipal, não havendo dispêndios da Oscip com a logística necessária para que os profissionais de saúde exerçam suas atividades. Logo, as únicas despesas que se vislumbram como aceitáveis na execução desta cessão de mão de obra seriam afetadas aos recolhimentos de tributos, aos procedimentos de contratação de pessoal, à geração da folha de pagamento, aos pagamentos dos empregados, à emissão de recibos para cobrança dos repasses financeiros do Parceiro Público e à elaboração das prestações de contas.

177. *As despesas apresentadas pela Oscip como operacionais não possuem relação com o objeto dos Termos de Parceria firmados com o município. Segundo o Instituto Corpore, houve desembolso de R\$ 611.821,11 a título de despesas operacionais com os termos de parceria firmados, nos anos de 2013 e 2014. Alguns exemplos de despesas operacionais declaradas pela OSCIP:*

- i) Advogados: R\$ 208.696,36;*
- ii) Sistemas: R\$ 108.325,71;*
- iii) Cartórios: R\$ 60.728,83;*
- iv) Consultoria: R\$ 19.044,00;*
- v) Energia: R\$ 17.450,55;*
- vi) Despesas da sede: R\$ 14.651,33.*

178. *Essas despesas operacionais jamais foram relacionadas em nenhuma das prestações de contas apresentadas mensalmente pelo Instituto Corpore ao município. Mesmo com reiterados pedidos da equipe de auditoria, nem o Município e nem a Oscip conseguiram demonstrar que as despesas guardam relação com o objeto dos termos de parceria firmados. Mostra-se ainda mais grave o fato de empresas pertencentes a pessoas ligadas à diretoria da Oscip terem sido beneficiadas com inúmeros pagamentos apresentados como despesas operacionais.*

179. *Ademais, não é razoável imaginar que sejam necessários gastos com advogados superiores a R\$ 200 mil com os termos de parceria do município. Também não é razoável vincular despesas com posto de combustíveis localizado na cidade da sede do Instituto Corpore, despesas de financiamentos e até de energia elétrica, uma vez que os empregados da Oscip ficam alocados nas dependências da Prefeitura Municipal.*

180. *Segundo o inc. II do art. 47 da Lei 13.019/2014, o plano de trabalho pode prever o pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, não superiores à 15% do valor total da parceria, desde que tais custos não sejam pagos por qualquer outro instrumento de parceria. O Instituto Corpore, de acordo com os dados das prestações de contas disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, celebrou termos de parceria com 36 municípios entre os anos 2009 a 2012, que somaram um total de mais de R\$ 122 milhões. Assim, as despesas inerentes a termos de parceria firmados junto ao município de Bela Vista do Paraíso não poderiam ser custeadas também por nenhum desses termos de parceria citados.*

4. ANÁLISE DAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE

181. *As auditorias realizadas no âmbito desta FOC apresentam um retrato caótico da contratação de profissionais de saúde pelos governos municipais. Foram identificados diversos instrumentos utilizados para suprir as unidades públicas de saúde de médicos, enfermeiros, psicólogos e outros profissionais de saúde, a maioria dos quais sem suporte legal que autorizasse sua utilização ou defina critérios necessários para o seu uso adequado.*

182. *Este Capítulo tem como objetivo analisar a legalidade dos ajustes celebrados pelo poder público para contratação de profissionais de saúde e verificar em que medida a legislação oferece alternativas viáveis para os obstáculos enfrentados pelo SUS para a contratação de médicos.*

183. *Primeiro, é apresentada a legislação, a doutrina e a jurisprudência relativas à contratação de médicos por instituições de saúde, com o objetivo de verificar que tipos de ajustes são possíveis de serem celebrados entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde.*

184. *Depois, são descritos diversos ajustes celebrados pelo poder público para a contratação de profissionais de saúde, tanto aqueles analisados pelas auditorias nos estados quanto outros que já*

tenham sido objeto de fiscalizações do TCU, ou ainda identificados em outras fontes, como diários oficiais dos entes governamentais, notícias de meios de comunicação, etc.

185. Por fim, é avaliada a ausência de uma regulamentação que disponha sobre a terceirização de profissionais de saúde e quais são as atribuições do Ministério da Saúde no que se refere ao tema.

4.1. Legislação, jurisprudência e doutrina acerca da terceirização de serviços médicos

186. A terceirização, apesar de ser utilizada no Brasil a mais de meio século, ainda constitui uma anomia no país (PASTORE, 2008). A legislação trabalhista sobre o tema é escassa, prevendo poucas hipóteses de terceirização de serviços ou de produção de bens. Segundo Belmonte (2008), a lei prevê alguns casos de terceirização: vigilância bancária (Lei 7.102/1983), trabalho temporário (Lei 6.019/1974), subempreitada (art. 455, CLT) e serviços de telecomunicação (Lei 9.472/1997, art. 94).

187. Em face das lacunas na legislação, a Justiça do Trabalho adota como parâmetro a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

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 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.

188. O inciso III da Súmula trata da possibilidade de terceirização de serviços relacionados com a atividade-meio da instituição, tendo como condições a inexistência de pessoalidade e subordinação. Segundo Oliveira (2008), “o TST, abriu espaço ao intérprete para definir os modelos de contratação lícitos e ilícitos, ou seja, a partir do enquadramento ou não das atividades terceirizantes no núcleo/objeto do empreendimento empregador”.

189. No serviço público federal, a terceirização é regulada pelo Decreto 2.271/1997, que define quais atividades podem ser objeto de terceirização, de forma similar ao conceito de atividades-meio, considerando-as assessorias, instrumentais ou complementares:

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

190. Alguns autores criticam a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, pois, na visão deles, todas as atividades executadas pela organização seriam essenciais para o alcance de seus objetivos. Segundo Maciel (2008):

O Tribunal Superior do Trabalho, necessitando dar um “remédio” às inúmeras fraudes quando do início da terceirização, propriamente criou esta diferenciação entre “atividade-meio” e “atividade-fim”, mas se forem as atividades apreciadas com maior profundidade, não há, na verdade, “atividade-meio” executando serviços para uma empresa, pois tudo que for lá executado decorre de uma necessidade empresarial. Assim é a segurança para os bancos, a limpeza e conservação para os estabelecimentos, bem como todas as atividades que melhor se qualificariam como complementares e não meios.

191. O autor define atividade-meio como “toda aquela não essencial à empresa, ou seja, a que tem a finalidade de dar suporte às atividades principais constantes em seus objetivos sociais, sendo que atividade-fim é aquela atividade descrita na cláusula-objeto do contrato social da empresa”.

192. Outro fator que dificulta a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim refere-se ao fato de as empresas atuarem dentro de cadeias produtivas, ou seja, um conjunto de etapas consecutivas, ao longo das quais os diversos insumos sofrem algum tipo de transformação, até a constituição de um produto final e sua colocação no mercado. Por exemplo, é questionável em que medida uma montadora de automóveis está terceirizando sua atividade-fim ao adquirir carburadores de outra empresa.

193. Dentro de um hospital, também podem ser observados serviços cuja classificação como atividade-fim ou atividade-meio é complexa. Por exemplo, na Ação Civil Pública 01992200802402007 questionava-se a terceirização dos serviços de radiologia. Segundo a decisão do magistrado da 24ª Vara do Trabalho de São Paulo:

Não há qualquer vedação legal que impeça, em tese, determinada empresa terceirize suas atividades, ainda que as mesmas estejam diretamente relacionadas ao seu objeto social (caso típico de montadoras de veículos). A leitura atenta do inciso III da Súmula 331 demonstra que o C. TST procurou indicar alguns primeiros exemplos de atividades de apoio empresarial (vigilância, conservação e limpeza), para depois, lançar a fórmula genérica, utilizando-se da expressão “bem como a de serviços especializados”, ampliando as hipóteses de terceirização. No que toca ao mérito propriamente dito da demanda, cumpre esclarecer, de plano, que não comungo do entendimento de que os serviços de radiologia sejam atividade fim de instituição hospitalar. Serviços de radiologia são considerados serviços especializados, complementares ou auxiliares, de medicina diagnóstica, que objetiva confirmar ou afastar hipótese diagnóstica lançada pelo profissional médico. Tal serviço especializado não intervém, não trata, não cura o paciente, estas sim, atividades desenvolvidas pelo réu. Dessa forma, a terceirização na área de radiologia não pode ser considerada presumidamente ilegal ou fraudulenta, cabendo sempre uma minuciosa análise das características de cada caso concreto.

194. Além da complexidade na distinção entre atividade-fim e atividade-meio, há críticas também quanto ao fato de a Súmula do TST ter imposto restrições à atuação dos agentes privados sem suporte na legislação, ou seja, inovando o ordenamento jurídico, uma vez que não há regulamentação legal acerca da terceirização. Segundo Cavalcanti Junior (1996):

De fato, não cremos ser recomendável estabelecer, a priori, a legalidade ou ilegalidade da terceirização, pelo fato de vir sendo aplicada em uma atividade que se possa considerar integrante da finalidade socioeconômica do empregador, pois seria o mesmo que reconhecer a existência da norma que estabelecesse esta limitação, o que, se prevalecente, afrontaria o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

195. Já Martins (2009) argumenta que, ao restringir a terceirização às atividades-meio da organização, fere-se o princípio da livre iniciativa, contido no art. 170 da Constituição Federal. O autor cita o caso da indústria automobilística, que caminhou no sentido da terceirização da atividade-fim em virtude da implantação de novas técnicas de produção e até mesmo de novas tecnologias, alterando o que antigamente poderia ser considerado como atividade principal para hoje ser vista como acessória.

196. Outros autores apresentam posição divergente, como Delgado (2008) e Nascimento (2007), os quais se filiam a uma vertente teórica que preceitua que as Súmulas, no âmbito do direito do trabalho, assumem papel de fontes normativas. Em razão disso, entendem os citados autores que somente é lícita a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa.

197. Outro ponto importante na Súmula 331 do TST é a menção à necessidade de que não haja pessoalidade e a subordinação direta na relação entre a empresa que terceiriza determinado serviço e os profissionais que irão atuar sem vínculo de emprego. A distinção entre terceirização lícita e ilícita também deve levar em consideração a presença ou não dos requisitos da relação de emprego. Segundo o Decreto-Lei 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

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.

198. A partir desses dois dispositivos da CLT, pode-se concluir pela existência de quatro requisitos da relação de emprego: prestação de trabalho efetuada com (1) pessoalidade pelo trabalhador, de forma (2) não eventual e (3) onerosa e ainda sob (4) subordinação ao tomador dos serviços. A ausência de um desses requisitos descaracteriza a relação de emprego.

199. Do exposto acima, observa-se que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio e a presença dos requisitos da relação de emprego são fatores essenciais para a distinção entre a terceirização lícita e a ilícita. Cabe analisar tais questões dentro do contexto dos serviços de saúde.

4.1.1. Terceirização em estabelecimentos de saúde

200. Uma vez analisada a legislação e a jurisprudência acerca da terceirização de forma geral, busca-se agora verificar sua aplicação no caso da contratação de profissionais de saúde. Observa-se que existem especificidades da natureza dos estabelecimentos e das profissões de saúde que demandam um tratamento diferenciado.

201. A partir da jurisprudência relacionada à terceirização de serviços médicos em hospitais e à responsabilidade dos estabelecimentos de saúde, juntamente com as peculiaridades que aproximam o médico e outros profissionais de saúde do profissional liberal, verifica-se que não existe um modelo único que seja o mais adequado para todos os casos, seja mediante vínculo de emprego, seja como profissional autônomo.

202. Diversos julgados da Justiça Trabalhista apontam pela possibilidade de diferentes formas de relação entre estabelecimentos e profissionais de saúde, com ou sem subordinação. O mesmo ocorre nos julgados da Justiça Civil acerca da responsabilidade do estabelecimento de saúde por danos causados pela atuação dos médicos. Essas conclusões são reforçadas pelas características de algumas profissões de saúde, que se aproximam dos profissionais liberais, e pela necessidade diferentes sistemas de remuneração do trabalho médico.

203. O resultado é a utilização de diferentes modalidades de contratação dos profissionais de saúde, tanto na esfera privada quanto no serviço público, no Brasil e em outros países. Segundo Girardi et. al. (2007):

A vinculação formal dos médicos às organizações de saúde, especialmente a organizações hospitalares, assume uma gama variada de formas na maior parte dos países do mundo. Da integração vertical - a condição de pessoa física empregada assalariada pelo hospital em contratos de tempo indeterminado - à condição de autônomo prestador eventual de serviços, sob contratos pontuais, passando por formas intermediárias, mais ou menos “frouxas”, de vinculação dos médicos como pessoas físicas ou jurídicas, sob contratos mais ou menos longos, com ou sem exclusividade, os arranjos de integração médico-hospital possíveis são múltiplos.

204. Segundo Girardi et. al. (1999):

Observa-se que os hospitais privados lucrativos bem como o segmento filantrópico e beneficente conveniado do SUS ao invés de contratar médicos sob o regime salarial ou de utilizar a tradicional alternativa de vinculação do profissional como autônomo (forma usada mais tradicionalmente nos segmentos conveniados e contratados da seguridade social) têm demonstrado crescente preferência pela terceirização. Com a proliferação dos seguros, planos e convênios, os hospitais têm estimulado a que os médicos se organizem sob a forma de sociedades de cotistas (micro e pequenas empresas de profissionais liberais) e cooperativas médicas - entre outras formas institucionais. Dados de uma Santa Casa que emprega 3,500 funcionários revelam a vigência simultânea de 134 diferentes contratos, 94 dos quais referentes a serviços de profissionais médicos e serviços de apoio diagnóstico e terapêutico.

205. *Em pesquisa realizada na Região Sudeste, Girardi et. al. (1999) constataram que “a vinculação do médico ao hospital como autônomo, ou seja como pessoa física que recebe por serviços sem configuração de vínculo empregatício formal, prevalece amplamente”. Entre os demais profissionais de saúde, constatou-se que a contratação assalariada é a forma predominantemente praticada para as profissões de enfermeiros (95,6%), auxiliares de enfermagem (96,8%), farmacêuticos (84,2%), psicólogos (56,3%) e terapeutas (51,2%). A contratação via organizações terceiras é significativa para fisioterapeutas (33,6%), fonoaudiólogos (28,4%) e terapeutas ocupacionais, (17,9%). Os autores analisam ainda as formas de contratação dos profissionais de saúde conforme a natureza jurídica do estabelecimento:*

- i) São os hospitais privados lucrativos os que apresentam maiores índices de terceirização de atividades profissionais, seja para as especialidades médicas seja para as demais profissões;*
- ii) O assalariamento é a forma característica de contratação de serviços profissionais de especialistas médicos e demais profissionais de saúde nos estabelecimentos do setor público;*
- iii) Os maiores índices de contratação de profissionais como autônomos são observados nos hospitais filantrópicos e beneficentes.*

206. *A seguir são realizadas análises quanto à jurisprudência da Justiça Trabalhista acerca da terceirização em estabelecimentos de saúde, da Justiça Civil acerca da responsabilidade de tais estabelecimentos, das especificidades das profissões da área de saúde e dos sistemas de remuneração do trabalho médico.*

a) Jurisprudência da Justiça Trabalhista

207. *Analisando-se a jurisprudência dos tribunais trabalhistas, observa-se que a relação entre os médicos e os estabelecimentos de saúde nem sempre configura-se como um vínculo de emprego segundo o regime celetista. Normalmente, para que seja reconhecida a relação de emprego, é necessário que estejam presentes os requisitos de tal relação, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Assim, mesmo que os serviços de medicina sejam considerados como atividade-fim do hospital, é possível a existência de outras*

formas de relação entre o estabelecimento de saúde e os médicos. Julgados do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região demonstram tal entendimento:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS. O trabalho executado pelo médico tanto pode se desenvolver de forma autônoma, como em caráter subordinado. É de se notar, porém, que o simples fato de o médico desenvolver serviços diretamente relacionados à atividade fim do hospital é insuficiente para autorizar o reconhecimento da relação de emprego. A integração do trabalhador na organização empresarial, conhecida como subordinação objetiva, não constitui critério autônomo capaz de determinar a existência do contrato de emprego, pois trata-se de um fundamento teórico utilizado para conceituação do trabalhador subordinado. É indispensável, portanto, que o trabalhador esteja obrigado a observar as diretivas do empregador sobre a prestação de serviços, submetendo-se ao seu poder disciplinar. Evidenciado pelo conjunto da prova produzida nos autos que os médicos integrantes do corpo clínico detinham pleno controle sobre sua atividade, definiam sua própria agenda e não seguiam qualquer diretriz do hospital no tocante à horários e pacientes atendidos, conclui-se pela regularidade de sua contratação como profissionais autônomos. Logo, não se vislumbra ofensa à ordem jurídica apta a determinar a procedência dos pedidos deduzidos por intermédio de ação civil pública. (TRT 3, RO nº 00363-2008-085-03-00-4, 7ª Turma, Rel. Alice Monteiro de Barros, j. 09.07.2009) [grifo nosso].

208. *Observa-se que, segundo a Corte, o trabalho executado pelo médico pode ocorrer tanto de forma autônoma quanto de forma subordinada. Apenas o fato de a atividade desenvolvida relacionar-se com a atividade-fim do hospital não é suficiente para exigir a constituição de um vínculo de emprego.*

209. *Em alguns julgados, a Súmula 331 do TST é utilizada pelos Tribunais Regionais para reconhecer o vínculo de emprego, como neste julgado do Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região:*

EMENTA: Auditor Fiscal do Trabalho. Competência. Vínculo de emprego. Reconhecimento. Invalidez da terceirização. Intermediação de mão de obra. Atividade-fim. Art. 41 da CLT. Multa. A competência administrativa dos auditores fiscais do trabalho para fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista é ampla e inclui a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social, visando à redução dos índices de informalidade. Hipótese em que a mão de obra intermediada (156 médicos) encarregava-se da atividade-fim do hospital, que é a prestação de serviços médicos, situação que implica a invalidez da terceirização. Aplicação da Súmula nº 331, I, do TST e dos arts. 9º e 444 da CLT. Reconhecido o vínculo de emprego, mantém-se a multa aplicada por descumprimento ao disposto no art. 41 da CLT. (TRT 4, RO nº 00931-2005-662-04-00-4, 9ª Turma, Rel. Juiz Convocado Marçal Henrique Figueiredo, j. 03.06.2009).

210. *É possível concluir que o Tribunal entendeu que a prestação de serviços dos 156 médicos, diretamente ligados à atividade-fim do hospital, invalida a terceirização, aplicando-se, na espécie, o entendimento da Súmula 331 do TST. No mesmo sentido, é o entendimento constante nos seguintes julgados do TRT-4, em que restou reconhecido o vínculo empregatício de médicos com Hospital:*

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. No caso dos autos, encontra-se delineada a inserção dos serviços da autora, como médica, no contexto da atividade-fim da demandada. Recurso a que se nega provimento, no tópico. (TRT 4, RO nº 00783-2006-304-04-00-3, 5ª Turma, Rel. Des. Leonardo Meurer Brasil, j. 05.03.2009).

EMENTA: MÉDICA. VÍNCULO DE EMPREGO. INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. Prova dos autos que evidencia ter a autora exercido atividades inerentes à atividade-fim da reclamada, a ela subordinada. Inequivoca a participação integrativa da autora no empreendimento econômico. Nego provimento. [...]. (TRT 4, RO nº 00854-2007-004-04-00-4, 8ª Turma, Rel. Desª Ana Luíza Heineck Kruse, j. 04.12.2008).

211. *Novamente, a inserção de médico na atividade-fim de hospital é citada para fins da configuração do vínculo empregatício. Já os julgados a seguir do mesmo TRT-4 não reconheceram o vínculo de emprego, tendo em vista a ausência dos requisitos como subordinação e a personalidade:*

EMENTA: MÉDICO PLANTONISTA. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO RECONHECIDO. Quando a prova dos autos evidencia que a prestação de trabalho por mais de quarenta anos ocorreu de forma autônoma e consoante os plantões obstétricos semanais organizados conforme as escalas do corpo clínico, sem a participação do hospital reclamado, que nenhuma ingerência tinha na forma da prestação dos serviços, sequer realizando pagamentos aos médicos, impõe-se manter a sentença que não reconheceu a relação de emprego, porque efetivamente ausentes os requisitos contidos nos artigos 2º e 3º da CLT. Negado provimento ao recurso ordinário do reclamante. (TRT 4, RO nº 00381-2008-203-04-00-6, 4ª Turma, Rel. Des. Hugo Carlos Scheurmann, j. 16.04.2009).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO. Inexistente a personalidade e a subordinação jurídica no vínculo jurídico existente entre as partes, resta afastada a tipicidade do contrato de trabalho. (TRT 4, RO nº 00396-2007-381-04-00-7, 6ª Turma, Rel. Des.ª Maria Cristina Schaan Ferreira, j. 10.12.2008).

212. *Tais julgados não seguiram o entendimento consolidado no inciso III da Súmula 331 do TST, ao afirmarem a inexistência de relação empregatícia entre médico autônomo e hospital, ainda que relacionados à atividade-fim da instituição, visto que ausentes os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, consubstanciados nos arts. 2º e 3º da CLT.*

213. *Em julgado envolvendo a terceirização de serviços médicos em hospital através de um médico autônomo, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região assim já se posicionou:*

VÍNCULO DE EMPREGO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 3º DA CLT - MÉDICO-TRABALHO AUTÔNOMO. O liame empregatício caracteriza-se quando há prestação de serviços de forma subordinada, não eventual e remunerada (art. 3º da CLT). Dentre estes requisitos, o mais importante é a subordinação, a qual está presente somente na relação de emprego e se constitui, portanto, em elemento indispensável à identificação do vínculo. No caso em tela, tais requisitos não restaram verificados, à medida em que, na realidade, o Reclamante prestou serviços nas dependências da Reclamada, na qualidade de autônomo, realizando apenas plantões no hospital, com a possibilidade de ser substituído por qualquer outro médico da escala, bem como, não sofrendo qualquer tipo de advertência ou punição em caso de ausência. Recurso Ordinário do Reclamante a que se nega provimento (TRT 9, RO nº 21632-2002-005-09-00-0, 1ª Turma, Rel. Ubirajara Carlos Mendes, j. 03.12.2005).

214. *Da leitura do ementado, depreende-se que o trabalho prestado pelo médico sem subordinação hierárquica e sem personalidade, ou seja, sem dois dos requisitos da relação de emprego, mesmo que prestado com afinidade à atividade-fim do hospital, não caracterizou o vínculo de emprego.*

215. *No próprio TST podem ser identificados julgados que não reconhecem o vínculo entre o médico e estabelecimentos de saúde. Nos autos do processo 00597-2006-004-22-00-1, o TST utilizou como argumento para admitir a terceirização de serviços hospitalares a liberdade do exercício profissional, dando especial destaque para a atividade médica, que seriam em sua essência de profissionais liberais:*

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. LICITUDE. Não há, em nosso ordenamento, lei que obrigue o trabalhador a alinhar o contrato de trabalho nos moldes do art. 3º, da CLT, sob pena de ofensa ao art. 170, da Constituição Federal, que consagra os princípios constitucionais da valoração do trabalho humano livre iniciativa. Por outro lado, é cediço que a Constituição garante a liberdade do exercício profissional e, especificamente em relação à atividade médica, por se tratar de profissionais por essência liberais, o exercício da profissão de forma autônoma é uma opção perfeitamente lícita.

216. *No processo TST-AIRR-597-74.2012.5.03.0022, foi analisado recuso da União contra decisão do TRT-3, que anulava ato de Auditor Fiscal do Trabalho exigindo pagamento de encargos trabalhistas para médicos terceirizados. Segundo a União, os elementos da personalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade foram identificados na relação existente entre os médicos*

e o Instituto, demonstrando a "fraude perpetrada pela empresa ao tentar encobrir, através do mecanismo da terceirização, as relações de emprego entre si e os trabalhadores terceirizados". Porém, tanto o TRT-3 como o TST entenderam que não estavam presentes os requisitos da relação de emprego. Na visão da Corte Regional, a entidade hospitalar oferecia o local e equipamentos para o tratamento das doenças e os médicos exerciam sua atividade sem subordinação jurídico-trabalhista.

217. Já no processo TST-RR-1302-12.2010.5.15.0086, foi reconhecido o vínculo de emprego entre hospital e médico plantonista, pois presentes os requisitos da relação de emprego. O médico alegava que havia sido coagido a instituir uma pessoa jurídica para prestar serviços ao hospital. Este, por outro lado, afirmou que o médico era autônomo e, como plantonista, não tinha vínculo de emprego, podia ser substituído e tinha autonomia para escolher horários e a frequência dos plantões. Porém, ficou caracterizada a existência dos requisitos da relação de emprego, principalmente a partir de depoimento de preposta do hospital, em que foi demonstrada a existência de subordinação.

218. No processo TST-RR-1657-1999-013-09-00.5 também foi reconhecido o vínculo de emprego entre hospital e médico. Segundo o voto do Ministro-Relator, constavam dos autos depoimento prestado pela preposta do reclamado, "apontando-se expressamente os elementos indicativos da habitualidade da prestação laborativa, da subordinação a horário, da permanência do reclamante à disposição do reclamado e do recebimento da contraprestação diretamente deste". O hospital argumentou não estarem presentes os requisitos da relação de emprego, pois o médico somente utilizava as dependências da clínica, atendendo clientes particulares e conveniados. Porém, segundo a decisão do TRT-9, o hospital marcava as consultas e controlava o horário do médico.

219. A seguir são enumeradas outras decisões da Justiça Trabalhista que tanto reconhecem como afastam o vínculo de emprego:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MÉDICO PLANTONISTA. PRESSUPOSTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Diante da delimitação do eg. Tribunal Regional, soberano na análise da prova, no sentido de que estão presentes todos os pressupostos da relação de emprego, pois configurada a subordinação jurídica do autor em relação às reclamadas, que detinham o poder de organizar a prestação de serviços e os valores a serem recebidos pelas consultas realizadas, além da pessoalidade, na medida em que, as eventuais substituições dos médicos plantonistas ocorriam entre os profissionais do mesmo quadro de pessoal, caracterizando apenas troca de horários de plantões entre colegas de trabalho, não há como se concluir pela ausência de vínculo empregatício. TST-RR-38920125150066.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MÉDICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Ausente qualquer dos elementos da relação empregatícia não é possível o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes. Recurso Ordinário a que se nega provimento. TRT-2 - RO 00019957320115020263.

RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MÉDICO ANESTESISTA. INEXISTÊNCIA. Não se configura vínculo empregatício de médico anestesista com a entidade hospitalar tomadora dos seus serviços na hipótese de aquele desempenhar suas atividades sem pessoalidade, podendo fazer-se substituir, a qualquer tempo, por outro médico anestesista integrante da equipe, sem que isso afete ou prejudique a continuidade da prestação dos serviços, percebendo importância global pelos serviços prestados, para posterior rateio entre os outros médicos. Recurso a que se nega provimento. TRT-1 - RO 00008267420105010017 RJ.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MÉDICO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL INAPLICÁVEL. Da prova produzida pela Reclamada, evidencia-se a inexistência de subordinação na acepção jurídica do termo. Por outro lado, a natureza complexa das entidades hospitalares também não nos permite recorrer acriticamente à teoria da subordinação estrutural, porque sabidamente há inúmeros médicos autônomos que lançam mão da estrutura dos hospitais existentes. Portanto, não se pode acolher esta tese esposada na sentença de mérito (fls. 181). Ainda que a prática evidencie ser comum fraudes trabalhistas em que o empregado é obrigado a constituir empresa para camuflar uma efetiva relação trabalhista (argumentação que permeia a sentença recorrida, conforme fls. 179), o fato é que a má-fé não pode ser revelada por presunções. Pelo contrário, demanda provas

que não estão presentes no caso concreto. Pelo contrário, as únicas provas existentes nos autos, notadamente os depoimentos das testemunhas da Ré, apontam a inexistência de requisito essencial ao vínculo empregatício. Qual seja: a subordinação. Por todo o exposto, afasta-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes e, por consequência, suas decorrências. TRT-2 - RO 12989820115020. 26/07/2013.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – MÉDICO PLANTONISTA – PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 3º DA CLT – O contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador. A subordinação, com as características impressas pelo moderno mercado de trabalho, e a alteridade, requisito de construção doutrinária que significa a prestação de serviços por conta alheia, devem ser conjugados para aferir se existe efetiva autonomia ou se a relação é de emprego, apesar de formalmente constituída como contrato de índole civil. No caso dos autos, a frequência, a habitualidade e a pessoalidade dos plantões no período definido na inicial e incontroverso nos autos, é compatível com o reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada, porque presentes os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente a subordinação, pessoalidade, remuneração e não eventualidade. Recurso conhecido e provido.

220. Haja vista os julgados em que a terceirização de serviços médicos nos hospitais foi considerada legal, observa-se que o principal fator para o não reconhecimento do vínculo de emprego foi a ausência dos requisitos da relação de emprego, principalmente o da subordinação. Assim, pode-se concluir que é possível a existência de diferentes formas de relação entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde, que o trabalho poderá ser desenvolvido de forma autônoma ou subordinada. Quando estiverem presentes os requisitos da relação de emprego – pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação – deve ser adotado o regime celetista, no caso do setor privado, ou o regime estatutário, no caso do setor público. Porém, quando tais requisitos não estiverem presentes, é possível que, tanto a esfera privada quanto o Poder Público estabeleçam formas de relacionamento com profissionais de saúde mais flexíveis.

b) Jurisprudência acerca da responsabilidade dos estabelecimentos de saúde

221. Essa diferenciação entre a contratação com ou sem subordinação pode ser observada também em julgamentos que analisam a responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde quando ocorrem danos ao paciente sob seus cuidados. Segundo Aguiar Junior (1995):

O hospital é uma universalidade de fato, formado por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculado a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, **mas que não realiza ato médico**. Sobre ele não incide o disposto no artigo 1.545 do Código Civil, sendo-lhe aplicáveis os princípios comuns da responsabilidade civil. Quando se fala aqui em hospital, a referência é à pessoa jurídica que o mantém. O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios, consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e em prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem, etc.); **se dispuser de um corpo de médicos, seus empregados, também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos**. Pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de seu pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do artigo 1.521, III, do Código Civil [grifos nossos].

222. Observa-se que o autor diferencia três tipos de serviços que podem ser prestados pelo hospital: hospedagem, paramédicos e médicos. Com relação aos serviços médicos, estes poderiam ou não estar sob a responsabilidade do estabelecimento, caso ele possua ou não um corpo clínico. Assim, o hospital poderia contratar os médicos segundo a CLT, com subordinação, ou terceirizar tal serviço.

223. Segundo Vanessa Kaniak (2014), o entendimento majoritário na doutrina é no sentido de que a responsabilidade objetiva dos hospitais atinge as obrigações próprias da atividade hospitalar e não do ato médico em si. Para tanto, após observada a causa da lesão que acometeu o paciente e sendo esta ocasionada pela má prestação do serviço no que se refere a fornecimento de leitos, equipamentos, medicamentos, materiais, limpeza e outros específicos da atividade, a instituição de saúde responde pelos danos ocasionados, visando ressarcir o paciente lesado.

224. Quanto aos serviços inerentes ao estabelecimento de saúde, Carnara Souza (2003) afirma que “estes serviços são aqueles atribuídos ao hospital e não dos profissionais médicos que nele exercem atividades, serviços como enfermagem, acomodações, nutrição, controle de infecção hospitalar, recepção, transportes de doentes – que sejam os causadores de danos aos pacientes”.

225. Segundo Stoco (1998):

Não se pode negar que os hospitais são prestadores de serviços médicos e de hospedagem. O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios consistentes em fornecer serviços médicos (quando o facultativo a ele pertence) ou apenas em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem etc.) [grifo nosso].

226. O hospital responde, por exemplo, por infecções hospitalares, problemas nos materiais e equipamentos utilizados, por não prover a equipe médica necessária. Diversos julgados da Justiça Federal utilizam uma mesma definição de hospitais:

O hospital é um estabelecimento de saúde para onde os indivíduos se encaminham quando necessitam de cuidados médicos. E tal entidade tem o dever de garantir a integridade física e mental do paciente, zelando para que ele desfrute de ambiente seguro, salubre e higiênico e tenha os cuidados e recursos indispensáveis, compatíveis com o objetivo da internação. (TRF-1 - AC 27603 DF 95.01.27603-1; TRF-2 - AC 393215 RJ 2004.51.01.023709-7).

227. No caso da responsabilidade do hospital pelo serviço médico em si, esta só estará presente quando houver vínculo de emprego do profissional com o hospital. Assim, para que haja responsabilização do hospital, o médico preposto ou empregado deve possuir vínculo de subordinação com a instituição.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Provido. (REsp 908359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. P/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008).

228. Portanto, dos julgados da Justiça Civil, também conclui-se que é possível a existência de diferentes formas de relacionamento entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde, podendo ser caracterizada pelo vínculo de emprego ou de forma autônoma.

c) Especificidades das profissões de saúde

229. *A análise da profissão médica também aponta no sentido de que são necessárias modalidades de contratação que não apenas mediante vínculo de emprego. A variedade nos vínculos existentes entre os profissionais de saúde e os estabelecimentos, tanto públicos quanto privados, é consequência também da complexidade que envolve tais profissões.*

230. *Segundo Maria Helena Machado (1997), “no mundo do trabalho médico, é praticamente impossível propor análises de tipos puros (assalariado ou liberal)”. Para a autora, tais profissionais “representam papéis e funções múltiplas, concomitantes e complementares”, dividindo-os em quatro categorias: assalariados, liberais, novos empresários-médicos e especialistas.*

231. *Analizando a profissão médica, Machado afirma que as profissões em geral estão vinculadas à ideia de atividade que, mediante conhecimento especializado, atua em determinada realidade, visando interpretá-la, modificá-la, transformá-la para um determinado fim social. E nessa relação, prevalecem autorregulação e a autonomia, dois elementos que permitem que a profissão tenha a autonomia para recriar realidades. Porém, para a autora, “nenhuma outra profissão exercita este poder na escala em que o faz a medicina, certamente porque nenhuma outra profissão se iguala a ela no grau de autonomia ou autorregulação”. Adota-se a premissa de que, no trabalho médico, é imprescindível a liberdade de ação, a autonomia de decidir a conduta técnica que melhor se adapte à necessidade do cliente.*

232. *Para Machado (1997), “ter liberdade de pensar, de agir e de estipular o valor monetário de seus serviços é o preceito fundamental de uma típica atividade liberal. E a medicina se enquadra neste tipo ideal-liberal”. O médico trabalha na premissa de que cada caso é um caso, o que o leva a tomar decisões independentes, contrariando muitas vezes interesses ambientais, sejam eles institucionais, sociais ou políticos, vinculados ao Estado. Segundo Bolaño e Silva (2005), nas “instituições de saúde, a empresa não pode se apropriar totalmente do conhecimento e da tecnologia, porque o trabalho envolve o atendimento a individualidades humanas; a cada atendimento, faz-se necessária uma avaliação e indicação terapêutica específica”. Ainda segundo os autores:*

Os médicos preservam a característica de produtores autônomos, mesmo estando integrados a hospitais, empresas ou instâncias dos serviços de saúde. E a intensificação do uso de tecnologias não produz uma completa dependência do trabalhador à máquina ou à instituição empregadora porque as máquinas exigem um manejo por trabalhadores especializados. Os médicos, em sua maioria, são autônomos (relação mais importante), normalmente recebem por procedimento, pago pelo paciente ou convênio de saúde, utilizam o hospital e suas instalações para realizar os procedimentos de atenção à saúde, ou internar quem precisa de cuidados intensivos ou de equipamentos médico-hospitalares que requerem controle profissional. O trabalho médico é organizado em grupos (clínicas, especialidades) que têm regras próprias para atuação na instituição. Podem ainda se estabelecer na forma de serviços médicos terceirizados.

233. *Segundo Machado (1997) “os preceitos liberais são fortemente apreendidos pelos médicos, de modo que sua atuação no consultório ou em alguma instituição que o emprega é alicerçada em normas do típico profissional liberal”. O Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM 1.931/2009, é claro nesta questão:*

Capítulo I – Princípios Fundamentais

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

234. *Porém, a visão do médico em relação ao modelo liberal varia de acordo com a especialidade em que ele atua. Segundo Machado (1997):*

Constata-se que as dez especialidades, nas quais os médicos mais se identificaram com a condição de profissional liberal, são caracterizadas pela forte autonomia técnica. Sejam especialidades cognitivas, em que a estreita relação médico-paciente constitui traço característico (sexologia, homeopatia, geriatria, gerontologia), sejam as tecno-cirúrgicas, em que a autonomia técnica está associada a rendimentos mais elevados do que os auferidos em outras áreas (medicina nuclear, mastologia, cirurgia plástica, radioterapia e oftalmologia).

Da mesma forma, observando aquelas especialidades em que os médicos, ao contrário, não se sentem profissionais liberais, vemos que, em boa parte, são áreas de atuação em que há uma forte e constante interferência no processo de trabalho médico. Isso se deve ao fato de que são especialidades predominantes, quase sempre, em organizações de saúde, atendendo à população usuária de forma mais 'coletiva' (medicina sanitária, medicina legal, tisiologia, infectologia, medicina do trabalho, por exemplo).

235. *Assim, nem toda especialidade médica apresentará características de profissão liberal, caracterizada pela autonomia e limitação na subordinação. Em alguns casos haverá maior interferência superior, exigindo relações caracterizadas pelo vínculo trabalhista.*

236. *Outra característica da profissão médica que contribuiria para a diversidade de vínculos com estabelecimentos de saúde seria a sua força corporativa. Segundo Girardi et. al. (2007):*

Costuma-se atribuir tal fenômeno – a diversidade de formas de vinculação dos médicos às organizações de saúde – à força corporativa e ao poder de mercado da profissão médica (Medici e Girardi, 1996). O tipo especial que reveste o corporativismo da profissão médica, diferentemente da maior parte das demais profissões de saúde (com exceção da odontologia), marcado pelo imaginário da autonomia, funcionou como forte ingrediente de resistência da categoria ao assalariamento clássico. Com efeito, mesmo o processo de assalariamento da profissão médica que acompanhou a expansão dos serviços sociais prestados pelos aparatos de previdência e bem estar social dos governos nos anos que seguiram a segunda grande guerra, reservou características distintas com relação às demais profissões de saúde, preservando-se a hegemonia das formas de vínculo distintas da relação de emprego típica - da condição autônoma aos diversos arranjos laborativos marcados por algum tipo de cooperação entre os profissionais (as cooperativas médicas e as sociedades profissionais, no caso do Brasil; as associações independentes de médicos e fundações de médicos, nos Estados Unidos, são alguns exemplos).

237. *Em muitos casos é o próprio médico que não deseja formar vínculo de emprego com o estabelecimento de saúde, pois ele prefere atuar com uma multiplicidade de vínculos. Segundo Maciel et. al. (2010), “um dos principais fatores que sustentam essa situação é a falta de profissionais e a consequente possibilidade de aumentar os ganhos do trabalho por meio da manutenção de vários vínculos”. A possibilidade de manutenção de mais de um vínculo dentro do serviço público é assegurada pela própria CF88, que no inc. XVI do art. 37 permite à acumulação de cargos para profissionais de saúde:*

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

238. *Essas especificidades da profissão médica que resultam na multiplicidade de vínculos podem ser observadas na sua relação com diversas instituições, como o TCU. A Lei 10.356/2001, que*

dispõe sobre o Quadro de Pessoal e o Plano de Carreira do Tribunal, permite que os ocupantes do cargo de Auditor, Especialidade Médico, optem pela carga horária de vinte horas semanais.

239. Algumas das características destacadas em relação aos médicos também podem ser observadas em outras profissões da área da saúde, como psicólogos, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, entre outras, que também atuam em muitos casos como profissionais liberais, com multiplicidade de vínculos e possuem autonomia na execução de seu trabalho.

d) Sistemas de remuneração do trabalho médico

240. Além de aspectos jurídicos relacionados com a legislação trabalhista, a opção entre as diferentes formas de contratação possui impactos relevantes para a própria quantidade e qualidade dos serviços prestados. Por conseguinte, outros fatores são levados em consideração quando da escolha por um modelo de contratação. Segundo Girardi et. al. (2007):

De fato, a opção por um método de pagamento e contratação dos médicos – o assalariamento ou o credenciamento/contratação remunerada por procedimento, ou pela combinação adequada de métodos – constitui escolha estratégica para a gestão de sistemas de saúde, na medida em que produz impacto direto no volume de serviços prestados à população, na qualidade desses serviços e nos possíveis graus de universalidade e equidade de acesso, sendo portanto, fator determinante da qualidade dos gastos setoriais. A literatura sobre o tema admite, crescentemente, que questões como produtividade, acesso e melhoria da qualidade dos serviços de saúde, são variáveis dependentes das modalidades de vinculação e remuneração do trabalho, especialmente do trabalho médico.

241. A remuneração do trabalho médico, que possui relação direta com a forma de contratação, é apontada como um fator de grande relevância para a produtividade e qualidade dos serviços.

242. A Organização Internacional do Trabalho reconhece dois tipos principais de sistemas de remuneração: por resultado e por tempo. Estes seriam os tipos puros, mas existem ainda uma série de modalidades mistas, que utilizam características de ambos os sistemas. A remuneração por resultado considera o tipo, a quantidade e a qualidade dos serviços produzidos, enquanto a remuneração por tempo considera o tempo em que o trabalhador está à disposição de seu empregador, independentemente do quanto ele tenha produzido.

243. Girardi et. al. (2007) lista algumas formas de remuneração do trabalho médico:

- i) Pagamento direto de honorários por serviços prestados, livremente pactuados entre o provedor (o profissional) e o cliente (o paciente) sem a intervenção do terceiro pagador (fee-for-service);
- ii) Pagamento de honorários na base de uma tabela de valores de atos, serviços e procedimentos (fee-schedule). Nestes casos os valores são pré-estabelecidos e geralmente existe a intermediação do terceiro pagador. As tabelas podem ser estabelecidas desde dentro da corporação profissional e negociadas com as organizações de terceiros pagadores e provedores, governos etc.;
- iii) Pagamento por caso ou diagnóstico, independentemente do número e tipo de atos ou “serviços”, visitas ou atendimentos realizados;
- iv) Pagamento por capitação (um montante fixo por pessoa ou grupo registrado ou convencionalmente assinada por um período determinado);
- v) Pagamento de salário por tempo fixo (sistema salarial)

- vi) *Pagamento de salário variável em função de volume e qualidade de atos e procedimentos;*
- vii) *Pagamento de um mix - salário (parte fixa, parte variável)*

244. *Dentro das formas de remuneração da prática médica por resultado, Cherchiglia (1994) identifica que existem dois polos extremos, entre os quais haveria uma gama enorme de formas intermediárias, cuja diferença estaria no grau de desagregação do ato ou procedimento eleito como unidade funcional para o pagamento. O primeiro dos polos seria o pagamento por honorário ou unidade de serviço/procedimento (Fee-for-Services), que é o sistema de pagamento mais tradicional para remunerar o trabalho médico. Remunera-se, em separado, cada procedimento singular, como a visita do médico, a consulta, a cirurgia, o parto.*

245. *O outro polo das formas de remuneração por resultado é o pagamento por capitação, remunera o médico um valor fixo por paciente inscrito ou capitado por um período determinado, independentemente do tipo e quantidade de serviço prestado.*

246. *Segundo Girardi et. al. (2007), às formas de remuneração por resultado correspondem em geral formas de vínculo não-assalariado (autônomos baseados em consultórios; autônomos cadastrados no corpo clínico de hospitais ou credenciados por operadores, planos e seguros de saúde; grupos médicos etc.), enquanto que a remuneração por tempo estaria associada normalmente com o vínculo de emprego assalariado.*

247. *Cada forma de remuneração apresenta vantagens e desvantagens. Segundo Cherchiglia (1994), o pagamento por honorário tem como vantagem o estímulo para muitas funções centrais dos médicos, como ver muitos pacientes e realizar procedimentos em muitos casos mais complexos e desagradáveis. Porém, tem como desvantagens aumentar os custos do cuidado, fragmentar a atenção ao paciente e levar à realização de intervenções em muitos casos excessivas e desnecessárias. O médico terá a tendência de buscar a maximização de sua renda, o que pode ser feito pela elevação da quantidade de procedimentos realizados com a simultânea redução de custos, que abrangeriam o tempo despendido individualmente com cada paciente e a qualidade dos equipamentos. Segundo Girardi et. al. (2007):*

Na modalidade de pagamento de honorário por serviços prestados (fee-for-service), teoricamente, os ganhos monetários dos médicos cresceriam proporcionalmente ao volume de atos médicos prestados e ao controle dos médicos sobre a demanda dos pacientes, ou ao grau de indução da demanda. Na ausência de restrições ético-morais e de regulações gerenciais externas, os médicos tenderiam a produzir mais serviços que os necessários.

248. *Já a modalidade de pagamento por capitação recompensa atividades que levam o paciente a permanecer com o seu médico como fonte regular de cuidado, devido à alta qualidade da atenção clínica reduzindo, assim, os custos da atenção médica. Os médicos não teriam razão de produzir mais serviços que os estritamente necessários aos pacientes inscritos em sua lista. Porém, esta forma de pagamento também cria incentivos indesejáveis aos médicos que maximizam a renda mantendo os custos abaixo do preço pago per capita. Segundo Girardi et. al. (2007):*

Na ausência, então, daquelas restrições, eles tenderiam a economizar recursos e esforços para aumentar seus ganhos, especialmente nos serviços não objetiva e imediatamente verificáveis. A preocupação da gerência e das autoridades, nesse caso, costuma ser justamente a oposta: a de restringir-se o acesso dos pacientes aos cuidados, a de ocorrer seleção de pacientes que exigem menores cuidados (seleção adversa) e a de diminuir a qualidade dos serviços prestados.

249. *No sistema de remuneração por tempo, haveria uma indiferença dos médicos quanto ao comportamento econômico, que seriam mais responsivos aos controles gerenciais. Para Cherchiglia (1994), o “assalariamento médico permite maior comprometimento, em termos de carga horária do médico, com a permanência em serviço, o que possibilita o atendimento a demandas imprevisíveis”.*

Todavia, como a renda é geralmente fixa, existiria um incentivo para minimizar custos pessoais, como o esforço. Médicos podem minimizar esforço selecionando pacientes de baixo risco, escrevendo prescrições, encaminhando os pacientes a especialistas ou diminuindo o número de consultas, resultando em longas listas de espera. Segundo Girardi et. al. (2007), alguns autores observam a existência de uma tendência à sub-produção de atendimentos, internações, realização de exames complementares e intervenções maior sob o regime salarial que sob o regime de capitação.

250. *Em muitos casos, o melhor sistema de remuneração não vai ser nenhum dos três analisados acima – honorários, capitação ou salário – mas a combinação deles em formas mistas. Segundo Girardi et. al. (2007), “parece-se sugerir que não há saída, a não ser a combinação equilibrada das virtudes excesso de umas e outras. Este é o caminho que a experiência internacional tem recomendado”.*

251. *Diferentes formas de contratação dos profissionais de saúde podem exigir também diferentes sistemas de remuneração. Portanto, mais uma vez, não existe apenas uma forma de relacionamento entre estabelecimento e profissionais de saúde que seja ideal para todos os casos.*

4.2. Análise da Possibilidade de Utilização dos Diferentes Tipos de Ajustes

252. *Um dos princípios basilares do Direito Administrativo é o da legalidade, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei permite. Este conceito diverge da aplicação do princípio da legalidade na relação entre particulares (princípio da autonomia das vontades), que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo o inciso II do art. 5º da CF:*

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

253. *No caso da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles:*

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

254. *Todavia, nem sempre o gestor público irá encontrar na legislação soluções viáveis para os problemas com que ele se depara. Diante de uma situação em que a lei não prevê um curso de ação possível para atender à determinada demanda da sociedade, cabe ao gestor a escolha entre duas opções: agir sem suporte legal ou deixar de atender à demanda.*

255. *A contratação de médicos pelos entes municipais é um exemplo de que nem sempre os meios legais disponíveis são capazes de possibilitar ao gestor público o atingimento de seus objetivos. O concurso público mostra-se uma medida em muitos casos inviável, pois amiúde não aderem ao pleito número suficiente de candidatos para o preenchimento das vagas. Muitos fatores contribuem para a ineficácia dos concursos, como: desinteresse dos profissionais pela remuneração paga, que está limitada pelo subsídio recebido pelo prefeito; distância dos grandes centros urbanos, conjugada com a falta de infraestrutura adequada para o desempenho do trabalho; desejo do profissional em manter diversos vínculos; carência de pessoal especializado em diversas áreas. Outro fator que seria impeditivo para a contratação de profissionais de saúde mediante regime estatutário é a limitação de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal.*

256. *Diante da dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, em contratar os profissionais mediante concurso público, muitos entes têm adotado mecanismos de contratação sem respaldo legal que autorize sua utilização. Cabe analisar a legalidade e a possibilidade de utilização de diferentes alternativas de contratação de profissionais de saúde.*

4.2.1. Organizações Sociais

257. *As Organizações Sociais foram inseridas no direito brasileiro pela Medida Provisória 1.648, de 23/4/1998, convertida na Lei 9.637/1998. Segundo a norma:*

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.

258. *Após a qualificação como organização social, a entidade fica apta a assinar contrato de gestão com o Poder Público, definido pela lei como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” (art. 5º).*

259. *Cabe ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização da execução do contrato de gestão. A organização social deve apresentar relatório pertinente à execução do contrato, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. Os resultados atingidos devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.*

260. *A transferência do gerenciamento de serviços de saúde foi prevista originalmente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE; BRASIL, 1995), documento referencial da reforma gerencial promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, que previa a “publicização” dos serviços não exclusivos de Estado para entidades sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais e que assinassem contrato de gestão com o poder público.*

261. *O Plano Diretor diferenciou quatro setores no aparelho do Estado. O Núcleo Estratégico seria formado pela cúpula dos três poderes e do Ministério Público, responsável pela definição das leis e das políticas públicas. O setor das Atividades Exclusivas seria responsável pelos serviços que podem ser prestados apenas pelo Estado devido à presença do poder extroverso, como regulação, fiscalização e fomento. O setor de Serviços Não Exclusivos corresponde às atividades que podem ser exercidas simultaneamente pelo Estado e pela esfera privada, mas que devem ser fomentadas pelo poder público em função de serem relacionadas a direitos humanos fundamentais ou gerarem economias externas relevantes, como saúde, educação, assistência social, cultura. Por fim, o setor de Bens e Serviços para o Mercado envolve atividades típicas da iniciativa privada e que foram assumidas pelo Estado devido à falta de recursos dos agentes privados para investir ou em função de constituírem monopólios, mas que deveriam ser privatizadas, na visão do Plano.*

262. *Para o setor de serviços não exclusivos, dentro do qual está a saúde, foi proposto, pelo Plano Diretor, o programa de publicização, o qual permitiria a transferência dos serviços do setor estatal para o público não estatal, onde assumiriam a forma de organizações sociais. O programa tinha como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, a partir do pressuposto de que esses serviços seriam mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, fossem realizados pelo setor público não estatal, que corresponde às entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos.*

263. *Quando previu a publicização, o Plano Diretor definiu como objetivo para o setor de serviços não exclusivos:*

*Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, **transformando** as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder*

legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária [grifo nosso].

264. *O objetivo da reforma era extinguir fundações públicas que executassem tais serviços, transferindo suas ações para as organizações sociais. A Lei 9.637/1998 não vincula a transferência de serviços para as OS à extinção de uma fundação. Dessa forma, seria possível o poder público firmar contrato de gestão com entidade sem fins lucrativos para que essa executasse os serviços com seus próprios meios, recebendo fomento na forma de recursos orçamentários.*

265. *Todavia, mais do que o fomento de uma atividade de interesse social prestada por entidades sem fins lucrativos, os contratos de gestão têm sido usados como forma de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde. O que ocorre na maioria dos casos é que os governos estaduais e municipais têm transferido o gerenciamento de hospitais públicos, já existentes e que já prestam serviços públicos de saúde, para as organizações sociais. Assim, além da transferência de recursos, ocorre a cessão de um bem público e de servidores públicos.*

266. *Apesar de o instrumento jurídico receber a denominação de contrato, a Lei 9.637/1998 aborda a relação do poder público com as organizações sociais como uma forma de parceria, em que o Estado realiza o fomento de atividades de interesse público. Segundo a norma:*

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

267. *Por conseguinte, não estaria presente no contrato de gestão a contraposição de interesses, típica dos contratos em geral, mas sim os interesses recíprocos, que caracterizam os instrumentos de parceria, como os convênios. Entre as formas de fomento previstas na Lei estão: destinação de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos, cessão de servidores com ônus para a origem, declaração como entidades de interesse social e utilidade pública.*

268. *Na prática, a celebração de contrato de gestão com organizações sociais não tem se mostrado uma forma de fomento, ou parceria, mas sim uma terceirização do gerenciamento de um serviço público. Ao se falar em parceria, normalmente se espera que as duas partes empreendam esforços e sacrifícios para alcançar determinado objetivo. Porém, em muitos casos não há participação da entidade privada no financiamento do serviço, qualquer contrapartida de natureza patrimonial ou monetária. Pelo contrário, muitos contratos preveem uma “taxa de administração”, um valor a ser repassado para a entidade que não é aplicado necessariamente no serviço, muitas vezes transferido para a sede da entidade em outro estado.*

4.2.2. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

269. *O modelo das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) é semelhante ao das OSs. As Oscips tiveram como berço o Decreto 1.366, de 12/1/1995, que instituiu o Programa Comunidade Solidária, com vistas a “coordenar as ações governamentais voltadas para o atendimento da parcela da população que não dispõe de meios para prover suas necessidades básicas e, em especial, o combate à fome e à pobreza”.*

270. *Tais entidades estão reguladas pela Lei 9.790/1999. A qualificação também é uma condição para a celebração de um ajuste de fomento vinculado ao alcance de resultados, no caso o Termo de Parceria. A qualificação de Oscip é conferida pelo Ministério da Justiça, sendo um ato vinculado, ou seja, preenchendo os requisitos legais, a entidade tem o direito à qualificação. Aqui existe uma diferença em relação às Organizações Sociais. Para estas, normalmente cada estado e município possui legislação própria para a sua contratação, e a Lei 9.637/1998 é considerada uma norma de caráter geral. A qualificação das OS é feita pelo próprio ente local. Já no caso das Oscip,*

normalmente os entes não possuem leis próprias que disciplinem a relação com tais entidades e eles contratam Oscips qualificadas pelo governo federal.

271. Segundo a Lei 9.790/1999:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

272. Segundo Flávio Alcoforado (2010) a diferença principal entre as OSs e Oscips é conceitual: enquanto as primeiras seriam contratadas para assumir serviços já prestados pelo Estado, as últimas prestariam determinados serviços de interesse coletivo, que o Estado decidiria apoiar. Assim, teoricamente, quando o Estado deseja transferir a gerência de um hospital público para uma entidade privada, ele assinaria um contrato de gestão com uma OS; quando quer incentivar uma entidade a realizar campanhas de prevenção da Aids, celebraria um termo de parceria com uma Oscip.

273. Essa distinção entre as OSs e as Oscips é importante para o delineamento da natureza da parceria que o poder público celebra com cada uma das entidades. A publicização, que envolve a transferência do gerenciamento de uma infraestrutura pública para uma entidade privada, ocorre apenas em relação às Organizações Sociais, como dispõe a Lei 9.637/1998:

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: (...).

274. Segundo o inc. XXVII do art. 22 da CF88, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Por conseguinte, quando os entes governamentais das três esferas desejam celebrar algum tipo de ajuste com entidades privadas, é necessário que haja normatização federal autorizando. E somente há autorização para a transferência de gestão de serviços prestados pelo Estado para Organizações Sociais, por meio da publicização, sem previsão do mesmo para as Oscips. Assim, não se pode falar em Oscips gerenciando Unidades Básicas de Saúde, hospitais ou outras infraestruturas públicas.

275. A relação de parceria que se estabelece entre o Estado e as Oscips corresponde a uma forma de fomento em que o poder público auxilia uma entidade privada a desenvolver atividades de interesse coletivo. Para qualificar-se como Oscip, a entidade sem fins lucrativos deve executar alguma das atividades previstas no art. 3º da Lei 9.790/1999, e tal execução deve ser direta, como dispõe o parágrafo único do artigo:

*Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a **execução direta** de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins [grifo nosso].*

276. Portanto, a entidade qualificada como Oscip deve desenvolver projetos próprios de interesse social, desenvolver atividades de interesse coletivo por seus próprios meios, recebendo o auxílio financeiro do poder público por meio da celebração de um termo de parceria.

277. No voto do Acórdão 3.086/2014-TCU-Plenário, o Exmo. Ministro-Relator Raimundo Carreiro questionou a cessão de bens e servidores públicos para Oscip. Segundo o voto:

A Lei 9.790/1999, que qualifica Oscips que tenham como objeto a promoção de assistência social, não inclui em seus artigos a hipótese de cessão de bens e funcionários públicos para execução dos serviços de responsabilidade dessas entidades, tal como ocorreu. Essa possibilidade está restrita, pela Lei 9.637/1998, às organizações sociais com atividades destinadas à assistência social.

278. *Além de não ser papel das Oscips gerenciarem infraestrutura pública, também não faz parte de sua natureza atuarem como prestadoras de serviços ao Estado. A atuação das Oscips é voltada para a sociedade, por meio do desenvolvimento de projetos sociais de interesse coletivo. Não faz parte de sua natureza atuarem fornecendo bens ou prestando serviços à Administração Pública. Segundo o Exmo. Ministro Marcos Vilaça, quando, no voto condutor do Acórdão 1.021/2007-TCU-Plenário:*

A atuação de uma Oscip volta-se, portanto, para o atendimento do interesse público, mediante serviços de cunho social, e não para o fornecimento de bens e serviços para a administração pública. Sua área de atuação é incompatível, no meu entendimento, com os serviços de que nos fala o artigo 6º, inciso II, e artigo 13 da Lei 8.666/1993.

279. *Por meio do Acórdão 766/2013-TCU-Plenário, foi julgada representação que questionava a participação de Oscips em processo licitatório. Tendo em vista a complexidade do tema, o Tribunal determinou a instituição de Grupo de Trabalho com o objetivo de avaliar a questão. O resultado do Grupo foi apreciado pelo Acórdão 746/2014-TCU-Plenário, segundo o qual:*

9.1. firmar entendimento no sentido de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal;

280. *O relator do Acórdão, Exmo. Ministro Marcos Bemquerer Costa, apontou em seu voto, entre as razões para a vedação de participação de tais entidades em licitação, a natureza das Oscips e do termo de parceria celebrado com o poder público:*

A qualificação de uma entidade como Oscip teve por objetivo viabilizar a participação de entidades em cooperação com o Estado mediante um sistema de financiamento público com vistas à consecução de determinadas atividades.

Assim, o Termo de Parceria representa a essência de ser das Oscip, ou seja, possibilita a tais entidades atuarem ao lado do Estado visando à realização de um objetivo almejado pelo Poder Público com o apoio daquelas entidades.

Tal relação possui natureza de colaboração, diversa, portanto, do caráter comercial que existe na atuação de uma entidade que licita com o Poder Público, caráter esse, frise-se, que o legislador, embora não tenha vedado expressamente, não teve por desiderato ao editar a Lei n. 9.790/1999.

281. *Observa-se que não condiz com a natureza das Oscips atuar em relação comercial com o Estado, fornecendo bens ou prestando serviços, mas sim atuar em colaboração, por meio da execução de projetos sociais de interesse público. Isso significa que não é correto que Oscips atuem em terceirização de mão de obra, seja por meio da celebração de contrato administrativo ou de termo de parceria.*

282. *O Acórdão 1.146/2003-TCU-Plenário julgou representação acerca de irregularidades na implementação do Programa Saúde da Família pelo Governo do Distrito Federal, que estaria contratando pessoal sem concurso público, valendo-se da simulação de contrato de gestão com o Instituto Candango de Solidariedade, uma organização social. Ficou demonstrado que o Instituto atuava apenas como mera pessoa interposta, para viabilizar a contratação de pessoal sem concurso público. A entidade não tinha atuação na área de saúde e sua tarefa no contrato seria apenas de fazer a seleção e gestão do pessoal. Segundo o voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues:*

Na modalidade indireta, não poderia figurar organização social ou a Oscip como mera pessoa interposta, para viabilizar a contratação de pessoal, sem concurso público. Se isso ocorre, tem-se,

na verdade, contratação direta, com mero aspecto de contratação indireta, com a formação dos elementos do vínculo laboral diretamente com o órgão tomador do serviço [grifo nosso].

Na modalidade indireta, a implementação e a operação do programa têm de ficar a cargo da entidade contratada, que atua com base em sua prévia experiência e capacitação na área de saúde, cabendo à Administração Pública a supervisão, o controle de metas, a avaliação do desempenho e não a gestão do programa, tampouco a indicação das pessoas que deverão ser contratadas.

283. *Observa-se que organizações sociais devem ser contratadas para gerir a implementação do programa, e não apenas a contratação de pessoal. Nessa linha, as Oscips não podem celebrar parceria com o poder público cujo objeto seja apenas a intermediação de mão de obra, pois isso constitui um desvirtuamento da natureza do ajuste e da atuação da entidade.*

284. *Nas auditorias realizadas no âmbito desta FOC, dos onze dos municípios fiscalizados, em quatro deles foram firmados termos de parcerias com Oscips cujo objeto consistiu exclusivamente na intermediação de profissionais de saúde. No quinto município que estabeleceu parceria com Oscip, Itaboraí-RJ, o objeto do ajuste prevê a gestão de praticamente todo o sistema de saúde do município, o que também se mostra ilegal.*

4.2.3. Convênio ou instrumentos congêneres celebrados com entidades sem fins lucrativos

285. *Os convênios são um instrumento a ser utilizado quando o poder público deseja realizar cooperação com entidades sem fins lucrativos para a busca de um objetivo comum. Segundo o §1º do art. 1º do Decreto 6.170/2007:*

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

286. *Porém, a Lei 13.019/2014 instituiu o termo de colaboração e o termo de fomento, instrumentos que substituirão os convênios na relação do poder público com as organizações da sociedade civil a partir de 1º/8/2015, quando a Lei entrar em vigor.*

287. *O convênio, assim como o termo de fomento e o termo de cooperação, são instrumentos com natureza semelhante ao termo de parceria, tanto que as disposições da Lei 13.019/2014 também serão aplicáveis às relações da administração pública com as Oscips, conforme determina o art. 4º da norma. O objetivo destes instrumentos é a celebração de parceria com entidades privadas sem fins lucrativos, em que o Estado irá promover o fomento de atividades de interesse social.*

288. *Por conseguinte, assim como não condiz com a natureza das Oscips a intermediação de mão de obra para Estado, também não devem ser utilizados convênios, termos de cooperação ou termos de fomento para esta mesma finalidade.*

289. *Na presente fiscalização, o município de Candelária, v.g., celebrou convênio com a Adeccan, que inclusive possui a qualificação de Oscip, para intermediação de mão de obra em diversas áreas.*

4.2.4. Credenciamento de Pessoas Físicas e Jurídicas

290. *O credenciamento é um instrumento a ser utilizado quando se verifica a teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos. Tal teoria entende que a licitação torna-se*

inexigível, amparada no art. 25 da Lei 8.666/1993, porque não haveria possibilidade de competição entre os licitantes, pois todos aqueles que se dispusessem a fornecer para a Administração e se enquadrassem nos critérios definidos por esta deveriam ser contratados. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*Se a Administração convoca todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento (FERNANDES, J. U. Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009).*

291. O autor enumera quatro condições para a realização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

a) Todos os que satisfaçam as condições exigidas: se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois a característica fundamental do tipo credenciamento é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

b) Impessoalidade na definição da demanda, por contratado: a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;

c) Que o objeto satisfaça na forma definida no edital: são serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dados os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação.

d) Que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme: a fixação dos valores previamente pela administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado.

292. Alguns julgados do TCU já abordaram a figura do credenciamento, com a Corte se posicionando no sentido de que é legal a utilização do credenciamento quando, em vista das particularidades do objeto contratado, torna-se conveniente e viável para a Administração a contratação de um número ilimitado de interessados.

Decisão 69/1993-TCU-Plenário: determinar ao Banco do Brasil que, dada a impossibilidade jurídica de competição para contratação de serviços de advocacia nas condições peculiares descritas nestes autos, faça realizar pré-qualificação dos profissionais aptos a prestar serviços ao Banco nas referidas condições, desenvolvendo, ainda, sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar a transparência da administração e a assegurar o respeito ao princípio da igualdade;

Acórdão 1.751/2004-TCU-Plenário: 8.2 - determinar à Caixa Econômica Federal que adote as providências no sentido de realizar o credenciamento de agentes fiduciários, com base no art. 25 da Lei nº 8.666/93, mediante edital com ampla divulgação, para a contratação de serviços de execução extrajudicial de créditos hipotecários previstos no Decreto-Lei nº 70/66, observados os princípios da administração pública e as normas aplicáveis da Lei de Licitações e Contratos Administrativos”;

Acórdão 2.731/2009-TCU-Plenário: 9.3. determinar ao Departamento de Polícia Federal que, diante da especificidade do caso concreto, efetue estudos, no prazo de um ano, com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos

interessados, em consonância com os arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços;

293. *O credenciamento já é utilizado no SUS, principalmente nos casos em que a demanda pelos serviços de saúde é maior do que a capacidade da rede pública e privada. Nesse caso, é realizado chamamento público e contratam-se todos que estejam dispostos a prestar serviços ao SUS. O Ministério da Saúde descreve o credenciamento na Alta Complexidade da seguinte forma:*

No credenciamento das áreas mencionadas, o gestor municipal do SUS, ciente da real necessidade do serviço de alta complexidade em seu território, deverá consultar as normas vigentes e definir a possibilidade de credenciamento, levando em conta a população a ser atendida, a demanda reprimida, os mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência e a capacidade técnica e operacional dos serviços a serem implantados. Aprovada a necessidade do credenciamento, a secretaria municipal de Saúde, em gestão plena, deverá montar um processo de solicitação, documentado com manifestação expressa, firmada pelo secretário da Saúde, em relação ao credenciamento e parecer do gestor estadual do SUS, que será responsável pela integração dos serviços à rede estadual e à definição dos fluxos de referência e contra-referência dos pacientes. Nos casos dos municípios não-habilitados em gestão plena, o credenciamento se dá por iniciativa da Secretaria de Estado da Saúde (SES). Uma vez emitido o parecer a respeito do cadastramento pelo(s) gestor(es) do SUS, e sendo o mesmo favorável, os processos relativos à alta complexidade deverão ser remetidos pela Secretaria de Estado da Saúde (SES) para análise ao Ministério da Saúde (MS), endereçado à Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada, Coordenação-Geral de Alta Complexidade. Portanto, antes de serem enviados ao MS, os processos de cadastramento deverão ser aprovados em âmbito regional.

294. *Porém, não existe norma que regulamente o credenciamento no SUS, por isso, no Acórdão 1.215/2013-TCU-Plenário, foi determinado ao Ministério da Saúde que encaminhasse ao TCU regulamentação disciplinando o credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde seja menor do que a demanda, considerando o ordenamento jurídico vigente. Apesar de o Acórdão de 2013 estabelecer o prazo de 120 dias para a elaboração da regulamentação, até o momento o Ministério da Saúde não atendeu à determinação, tendo afirmado (peça 37, TC 019.179/2010-3) apenas que estava promovendo a revisão de seu Manual de Contratações, o que ainda não ocorreu.*

295. *Tal credenciamento seria utilizado na contratação de hospitais privados para realizarem procedimentos pelo SUS, não foi abordada a contratação de profissionais por meio de credenciamento. Todavia, alguns entes municipais, na ausência de uma normatização federal, elaboram leis próprias acerca da contratação de empresas e profissionais de saúde, como o município de Santa Maria, do Rio Grande do Sul, que promulgou a Lei 5.614, de 5/1/2012, que, entre outras providências, autoriza o credenciamento de profissionais médicos para consultas especializadas. Segundo a norma:*

Art. 3º Fica autorizado o credenciamento de profissionais em especialidades médicas, para prestação de serviços e atendimentos em seus consultórios, mediante pagamento por consulta no valor instituído no Art. 2º da presente lei.

Art. 6º O credenciamento dos profissionais será universal, realizado através de chamamento público.

Parágrafo Único - Não haverá, sob hipótese alguma, qualquer espécie de vínculo empregatício do médico credenciado para com o Município.

Art. 9º É vedado o trabalho do credenciado em dependências ou setores próprios do Município, bem como é vedado o credenciamento de profissionais pertencentes ao quadro permanente do Município, conforme o Art. 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93, e a cobrança de sobretaxa em relação à tabela adotada.

296. *Pelo art. 9º, observa-se que o credenciamento destina-se a consultas que serão realizadas no consultório dos próprios médicos, sendo vedada a atuação destes em unidades de saúde do SUS. Existe Projeto de Lei semelhante no Congresso Nacional, o PL 6.951/2013, que “dispõe o credenciamento de profissionais e de empresas da área de saúde, para o atendimento de pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) em nível ambulatorial”. Segundo o Projeto:*

Art. 1º Esta lei institui o credenciamento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de profissionais médicos especialistas e de clínica de especialidades médicas, bem como empresas ou profissionais que realizam serviços de exames auxiliares ao diagnóstico.

Art. 2º Fica autorizado o credenciamento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de profissionais médicos liberais especialistas e de empresas ou profissionais que realizam serviços de exames auxiliares ao diagnóstico, para atendimento ambulatorial, mediante compensação do serviço por crédito tributário da União.

Art. 3º Os profissionais e as empresas deverão atender os pacientes nos seus estabelecimentos (consultórios ou clínicas) e o valor a ser pago com crédito tributário custeará o serviço realizado e a infraestrutura do profissional e de sua clínica, sem direito a perceber nenhum valor adicional pelo atendimento dos pacientes.

297. *O Acórdão 437/2006-TCU-Plenário julgou representação acerca da negativa do cumprimento de jornada de trabalho pelos médicos do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. O Hospital havia celebrado contrato com uma cooperativa para prestação de serviços de anestesiologia. No voto condutor do Acórdão, o Exmo. Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha, afirmou que:*

Finalizando as ponderações acerca do Contrato nº 106/2001, resalto que sua finalidade – contratação da anestesiolegistas – pode ser alcançada por meio de credenciamento, mediante o qual a UFPR lançaria, conforme exemplifica Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “edital, similar ao de concorrência, convocando os profissionais formados em Medicina, (...), fixando previamente os honorários adequados em tabela própria ou tendo por referência a de outro órgão [no caso em estudo, os valores constantes da Tabela do SUS], abrindo inscrições. Desse modo, todos os médicos que tivessem interesse no contrato compareceriam ao órgão, fariam sua inscrição, comprovando o atendimento aos requisitos estabelecidos, e seriam contratados diretamente, sem licitação, por inexigibilidade, nos termos do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.” (in Contratação Direta Sem Licitação, 4ª edição, 1999, Editora Brasília Jurídica, pp. 407/408)

Reputo importante, inclusive, que esse credenciamento seja adotado pela UFPR, mesmo que a Entidade queira, posteriormente, lançar mão de um procedimento licitatório ordinário com vistas a obter valores mais vantajosos que os pagos aos anestesiolegistas credenciados, uma vez que assim procedendo resultarão afastadas as possibilidades de atraso na licitação e de ocorrência de uma licitação deserta, evitando, em decorrência, o risco de interrupção das intervenções cirúrgicas.

298. *Por meio desse aresto foi determinado ao HC-UFPR que:*

9.2.3. no prazo de 90 (noventa) dias, proceda, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, ao credenciamento de médicos anestesiolegistas, fixando previamente os honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS;

299. *Observa-se que o credenciamento é um instrumento considerado válido pelo TCU quando observa-se a inviabilidade de competição pela contratação de todos. Mesmo em caso em que existe maior oferta que a demanda, o Tribunal entende que é possível o credenciamento, desde que instituídos métodos objetivos de alocação dos serviços demandados. Seria possível a realização de credenciamento tanto de profissionais que atuariam em seus próprios consultórios quanto em unidades públicas de saúde do SUS. Porém, é necessária uma regulamentação acerca do tema.*

300. *Houve análise de credenciamento nesta FOC na auditoria realizada em Balneário Camboriú-SC. Inicialmente, foi realizado processo de chamamento público, tendo como objeto:*

Credenciamento, a fim de contratação, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, para prestação de serviços de Saúde Ambulatorial e de Consulta Médica em Atenção Especializada, serviços de Terapia Renal Substitutiva- TRS e serviços de Atendimento/Acompanhamento de Pacientes em Reabilitação do Desenvolvimento Neuropsicomotor pelos preços da Tabela SUS, aos pacientes atendidos através da Secretaria Municipal de Saúde do município de Balneário Camboriú e dos municípios de sua referência, pelo período contratual de doze meses.

301. *O Edital de Credenciamento estabeleceu, ainda, que o Complexo Regulador da SMS fiscalizaria, como melhor lhe conviesse e no seu interesse exclusivo, o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelos credenciados. O critério de divisão dos serviços ofertados, caso existisse mais de um credenciado, seria realizado através de avaliação da equipe técnica do Fundo Municipal de Saúde*

302. *Os contratos celebrados com os credenciados têm vigência de doze meses, podendo ser renovados, sem, no entanto, exceder o prazo de sessenta meses. Os serviços prestados por eles são remunerados com base na Tabela de Procedimentos do SUS, de forma que são inabilitados os credenciados que ofertam sobretaxa de outros valores ou custos extras nos procedimentos declarados.*

4.2.5. Contratos Administrativos

303. *Nas auditorias realizadas no âmbito desta FOC foram analisados diversos tipos de contratos administrativos tendo como objeto a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.*

304. *Nos municípios de Imperatriz-MA e Balneário Camboriú-SC, as respectivas secretarias municipais de saúde celebraram contratos com empresas privadas de serviços médicos para que essas assumissem a realização de procedimentos ligados a determinadas especialidades dentro dos hospitais municipais. Assim, uma empresa ficou responsável pelos serviços ligados à anestesia, outra pelos de neurologia, outra pelos de gastrologia etc.*

305. *Na Bahia, foram analisados contratos administrativos celebrados pelos municípios com Coofesaúde Cooperativa de Trabalho para prestação de serviços médicos em diversas especialidades, entidade que esteve presente em 49 municípios do estado entre 2010 e 2014.*

306. *No Rio Grande do Sul, o município de Porto Alegre celebrou contratos administrativos com empresas privadas tendo como objeto a contratação de serviços médicos e de outras profissões, como de enfermeiros e técnicos em enfermagem.*

307. *Em pesquisa realizada com a expressão “serviços médicos” junto ao sítio da internet “<http://www.jusbrasil.com.br>”, que apresenta as publicações de diários oficiais do país, é possível identificar contratações de empresas de serviços médicos para disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde. A seguir são apresentados alguns dos resultados da pesquisa em que foi possível ter acesso ao edital ou ata da licitação ou ao ajuste celebrado:*

i) Pregão Presencial 54/2014 da Prefeitura de Jardinópolis-SP:

Objeto: Prestação de serviços médicos junto aos seguintes serviços de saúde do município de Jardinópolis-SP: Hospital, Pronto Atendimento, Ambulatório de Especialidades, Centro de Testagem e Aconselhamento, Vigilância Epidemiológica, Ambulatório de Saúde Mental e Unidades da Rede de Atenção Básica.

Valor Global estimado do contrato por 12 meses: R\$ 7.440.621,12

Descrição: o município lançou edital para contratação de profissionais de saúde para atuarem nas unidades públicas de saúde. O pregão está dividido em três lotes: o primeiro consiste em um total de 38.964 horas de plantão em clínica geral estimadas para o ano para o Hospital e Pronto Atendimento; o segundo de 4.800 horas de

plantões de clínica geral para as UBS; o terceiro de horas anuais que variam entre 480 e 4.800 para diversas especialidades médicas.

ii) Pregões Presenciais 03, 08, 17, 19 e 24/2014 da Prefeitura de Nova Castilho-SP:

Objetos: Contratação de empresa para fornecimento de serviços de profissional habilitado em Ginecologia, Psicologia, Clínica Geral, Pediatria e Cardiologia (respectivamente) para atuar na área da Saúde, com carga horária de 08 (oito) horas semanais, no período de Julho até Dezembro de 2014.

Valor dos contratos somados: R\$ 150.200,00

Descrição: o município realizou pregões para a contratação, em cada um deles, de um profissional de saúde para atuar nas unidades públicas de saúde, como UBS e CRAS. Cada pregão teve a participação de apenas uma empresa ofertando lances.

iii) Prefeitura Municipal de Nazaré-BA - despacho do prefeito em 18 de setembro de 2014:

Acatando o relatório apresentado pela Comissão Permanente de Licitação deste Município de Nazaré, referente ao Processo Administrativo n 2.081/2014-Concorrência n 004/2014, cujo objeto é a contratação de pessoa jurídica para execução de serviços assistenciais de saúde do Município de Nazaré que assegure a assistência universal e gratuita à população a ser atendida, dentro dos princípios do Sistema Único de Saúde - SUS, ADJUDICO o seu objeto do aludido procedimento à Cooperativa Coofsaúde - Cooperativa de Trabalho - CNPJ 07.747.357/0001-87 que apresentou o valor R\$ 6.591.358,68 (Seis milhões e quinhentos e noventa e um mil trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos), sendo o valor mensal de R\$ 549.279,89 (quinhentos e quarenta e nove mil duzentos e setenta e nove reais e oitenta e nove centavos) e atingiu o Valor de Nota Final igual a 8,6 (oito virgula seis).

iv) Prefeitura Municipal de Senhor do Bonfim – extratos de contratos de inexigibilidade para contratação de profissionais de saúde:

Espécie: Inexigibilidade N 100/2014. PA N 1525/14. Contrato Administrativo N 1206/2014. Objeto: Contratação do Profissional Herbert Nascimento dos Santos - CPF 005.641.005-01, para prestação de serviços médicos, como clínico geral para atendimento ambulatorial no Posto de Saúde do Bairro São Jorge, no Município de Senhor do Bonfim-BA. Sob o valor global para a contratação acima citado fica em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em 04 parcelas de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), as despesas serão aludidas pela Secretaria Municipal de Saúde. Data da Assinatura do Contrato: 04/09/2014 a 31/12/14.

308. *Girardi et. al. (1999) diferenciam dois tipos de vinculação dos médicos com pessoas jurídicas na terceirização. De um lado, a terceirização via subcontratação de pequenas empresas de profissionais liberais, cooperativas de profissionais e profissionais organizados em rede – nas quais os participantes são cotistas, co-proprietários ou parceiros – e a terceirização via contratação de serviços temporários e agências de emprego – onde persiste a clara distinção entre proprietários e empregados. Assim, no primeiro tipo os médicos atuam como sócios, enquanto no segundo são empregados contratados. Uma diferença importante entre estes dois tipos é que, no último, a pessoa jurídica tende a incorporar os custos indiretos do trabalho, inclusive das demissões, enquanto no primeiro tipo tende-se a transferir para os trabalhadores o financiamento de sua proteção em termos de benefícios e proteção social do trabalho.*

309. *Portanto, a terceirização poderia ocorrer junto a pessoas jurídicas em que o médico atua como empregado, havendo o recolhimento dos encargos trabalhistas e demais taxas de proteção social; ou então ele pode se vincular como sócio ou cooperado da pessoa jurídica. Tais diferenças geram distorções em muitos dos contratos celebrados pelo poder público, pois os ajustes normalmente*

preveem o recolhimento dos encargos trabalhistas, ou seja, que a empresa contratada estabeleceria uma relação de emprego com os médicos, mas na prática as taxas deixam de ser recolhidas pois os médicos que atuam pelo contrato ou são sócios ou são contratados pelas empresas como profissionais autônomos.

310. Na auditoria realizada pela Secex-PR em 2011, esse foi um dos principais problemas apontados, pois as Oscips não comprovaram a destinação dos recursos recebidos a título de encargos trabalhistas. Enquanto os termos de parceria previam a contratação de médicos pelo regime celetista e os governos municipais transferiam valores para o pagamento dos encargos trabalhistas, na prática as Oscips contratavam os médicos como autônomos e não recolhiam as taxas.

311. Em 2014, a Secex-PR recebeu denúncia (Peça 53) acerca de supostas irregularidades nos pagamentos realizados a uma clínica contratada para prestação de serviços médicos. A empresa foi contratada pelo município para fornecer médicos para atuarem nas unidades de saúde, e os médicos ingressavam na empresa como sócios. Porém, após se desligarem da empresa, os médicos ingressavam com ações na Justiça do Trabalho contra o município, exigindo o reconhecimento de relação de emprego com o ente governamental e o pagamento de encargos trabalhistas não recolhidos, apesar dos valores relativos às taxas terem sido transferidos pelo município para a empresa.

312. Em pesquisas realizadas na base de dados do TCE-PR, é possível identificar pagamentos dos municípios do estado para empresas de serviços médicos com mais de 80 sócios, como a Medserv Serviços Médicos e Hospitalares Ltda. (CNPJ 13.634.620/0001-24), que possui contrato com o município de Balneário Camboriú-SC, fiscalizado nesta FOC. A empresa possui 84 sócios, sendo um deles com 49% do capital social e os demais com menos de 1%.

313. Por meio do Acórdão 1.844/2013-TCU-Plenário foi julgada representação acerca de irregularidades identificadas na aplicação de recursos federais transferidos ao município de Campo Mourão-PR para execução de ações relativas ao Programa Saúde da Família. Ao analisar a questão da diferença entre as naturezas das entidades que poderiam ser contratadas para disponibilização de médicos, o Tribunal deu ciência ao município de que:

9.2.1. deve ser levado em consideração, para balizar seu orçamento base e seu parâmetro de aceitação de preços ofertados, o regime legal da empresa que apresenta a proposta, de modo a equalizar custos e margem de lucro considerada justa pela municipalidade;

314. Observa-se que é necessária uma regulamentação que defina como deve ser a contratação das empresas de serviços médicos pelo poder público, pela qual se estabeleça em que casos ela é possível, como lidar com as diferentes formas de inserção dos médicos nas diferentes formas de organização: empresa, cooperativa, associação etc.

4.3. Ausência de Regulamentação e Atribuições do Ministério da Saúde

315. Observa-se que muitos dos mecanismos de contratação de profissionais de saúde utilizados não possuem previsão legal. Em alguns deles, a exemplo das utilizadas para as Oscips, há um desvirtuamento da natureza do instrumento utilizado. A falta de uma normatização que defina os parâmetros aceitáveis para a adoção de determinadas práticas gera uma série de problemas na gestão dos serviços.

316. As auditorias realizadas no âmbito desta FOC, além de outras realizadas anteriormente pelo TCU, apontam para diversas irregularidades e fragilidades existentes na execução dos ajustes celebrados com entidades privadas para contratação dos profissionais de saúde. Tais aspectos podem ser reputados, em grande parte, à lacuna legal, à inexistência de dispositivos normativos que balizem o relacionamento do poder público com a esfera privada.

317. *Os problemas formais dos ajustes celebrados e de sua execução têm impacto direto sobre a própria qualidade dos serviços, comprometendo o alcance dos objetivos. Para Girardi et. al. (2007):*

A manutenção pró-forma de vínculos de trabalho e métodos de remuneração sabidamente ineficientes com o exclusivo intuito de enquadramento a padrões formais-legais contrasta fortemente com a generalização, na prática, da “contratação” (nem) sempre subterrânea de vínculos de trabalho atípicos no setor público (terceirização, trabalho precário, trabalho irregular etc.), comprometendo o desempenho e o alcance de resultados na prestação de serviços públicos essenciais.

318. *A falta de critérios e a insegurança jurídica trazem efeitos negativos para a atuação dos profissionais, o que resulta em problemas graves no atendimento da população. Segundo Para Girardi et. al. (1999):*

Assim, a terceirização figura, nos dias de hoje, no cerne da problemática da gestão dos serviços de saúde. Uma série de manifestações disfuncionais que se apresentam aos gerentes dos serviços e sistemas de saúde como a proliferação dos contratos e da burocracia para sua administração; o crescimento da concorrência e dos conflitos entre grupos; a diminuição da disposição à cooperação entre profissionais e especialidades e entre o trabalho e a gerência; as crescentes dificuldades dos diretores e gerentes de serviços em gerenciarem a qualidade técnica e ética do trabalho profissional pela proliferação de núcleos atomizados de mando e decisão; a diminuição da participação e a perda do interesse dos trabalhadores na missão dos serviços de saúde; o descompromisso com a continuidade e a integralidade dos cuidados de saúde a desumanização do atendimento aos usuários; entre outras; decorrem, em larga medida, da relativa escassez de critérios e da forma desordenada como vem sendo conduzida a terceirização dos serviços de saúde. Estas situações produzem crescente insatisfação dos usuários com relação à qualidade e a resolutividade dos serviços de saúde.

319. *Por conseguinte, mostra-se como premente a elaboração de regulamento que busque definir que tipos de instrumentos podem ser utilizados para a contratação de profissionais de saúde, além de definir parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais em seu relacionamento com os atores privados.*

320. *Segundo a Lei 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde:*

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

321. *Portanto, compete ao Ministério da Saúde a elaboração de normativos que disponham sobre o relacionamento do SUS com entidades privadas de assistência à saúde. Entretanto, cabe ressaltar que no SUS as decisões são tomadas de forma pactuada, a partir do consenso na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), prevista na Lei 8.080/1990. Segundo a norma:*

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

322. *A Lei 8.080/1990 estabelece ainda, em seu art. 27, que “a política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo”. Nesse sentido, a política de recursos humanos no SUS não é uma atribuição individual do Ministério da Saúde, mas uma construção coletiva de todos os entes federativos.*

323. *A Resolução CIT 4/2012 dispõe sobre a pactuação tripartite acerca das regras relativas às responsabilidades sanitárias no âmbito do SUS. Foram definidas como competências da União no que se refere às responsabilidades na gestão do trabalho, entre outras:*

Promover, desenvolver e pactuar políticas de gestão do trabalho considerando os princípios da humanização, da participação e da democratização das relações de trabalho, apoiando os gestores estaduais e municipais na implementação das mesmas;

Desenvolver estudos e propor estratégias e financiamento tripartite com vistas à adoção de políticas referentes à força de trabalho descentralizada;

Adotar vínculos de trabalho que garantam os direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores de saúde na sua esfera de gestão e de serviços, promovendo ações de adequação de vínculos, onde for necessário, conforme legislação vigente e apoiando técnica e financeiramente os estados e municípios na mesma direção;

Formular, propor, pactuar e implementar as Diretrizes Nacionais para Planos de Carreiras, Cargos e Salários no âmbito do Sistema Único de Saúde - PCCS/SUS;

Propor e pactuar diretrizes para políticas de educação e de gestão do trabalho que favoreçam o provimento e a fixação de trabalhadores de saúde, no âmbito nacional, notadamente em regiões onde a restrição de oferta afeta diretamente a implantação de ações estratégicas para a atenção básica.

11. Já aos estados, Distrito Federal e municípios cabe “considerar as diretrizes nacionais para Planos de Carreiras, Cargos e Salários para o SUS – PCCS/SUS, quando da elaboração, implementação e/ou reformulação de Planos de Cargos e Salários no âmbito da gestão local”.

324. Por conseguinte, não obstante a exigência de que a formulação da política de recursos humanos no SUS seja articulada, o Ministério da Saúde tem o importante papel de coordenação dos entes. Diante da atual conjuntura, em que os mecanismos previstos na legislação para contratação de profissionais de saúde não se mostram como alternativas viáveis em todos os casos, resultando na utilização de diversos instrumentos sem suporte legal, mostra-se necessário que o poder público defina parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais, ou seja, que o Ministério da Saúde exerça sua competência de normatização das relações entre o SUS e os serviços privados, dentro de um processo de discussão que envolva não apenas os gestores públicos dentro da Comissão Intergestores Tripartite, mas também representantes da sociedade, dos usuários do SUS, dos profissionais de saúde, da academia, entre outros agentes.

325. Nesse sentido, como tal normatização mostra-se um processo complexo, cabe **determinar ao Ministério da Saúde que encaminhe ao TCU, no prazo de 90 dias, plano de ação contendo as medidas a serem tomadas no sentido de elaborar normatização que regulamente a contratação de profissionais de saúde no SUS, indicando que instrumentos são possíveis na relação com entidades privadas e definindo parâmetros a serem seguidos na celebração e execução dos ajustes.**

a) Mencionada regulamentação deve considerar os diversos problemas existentes atualmente na gestão das terceirizações realizadas pelos estados e municípios, além de atender as diferentes normas existentes que regulam os diferentes ajustes que podem ser celebrados. Por isso, entende-se que o Ministério da Saúde, ao normatizar o tema, há de considerar que:

i) É vedada a celebração de termo de parceria com Oscip ou instrumentos congêneres – como o convênio, o termo de cooperação e o termo de fomento –, com entidades sem fins lucrativos, para contratação de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.

ii) A contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida por estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde.

iii) No caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas o tipo

de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados, etc.

- iv) O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia de distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva.*
- v) Devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração é mais adequado para o caso específico objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população.*
- vi) Os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, procedimentos que foram realizados, pacientes que foram atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos.*

5. CONCLUSÃO

326. O Brasil enfrenta um problema grave na atenção à saúde, que é a carência de profissionais, sejam médicos, enfermeiros, psicólogos, entre outros. Tal problema está presente inclusive na iniciativa privada, mas é na esfera pública em que ele se mostra ainda mais grave.

327. São vários os fatores que contribuem para a falta de profissionais nos hospitais públicos, postos de saúde, UPAs etc.: teto da remuneração ao subsídio do prefeito; limitação aos gastos com pessoal impostos pela LRF; infraestrutura precária em muitos municípios; distanciamento dos grandes centros urbanos.

328. Dentro dessa conjuntura, o concurso público não se mostraria como uma alternativa viável em todos os casos para que os entes governamentais consigam suprir suas unidades de profissionais de saúde. Nem sempre será possível o estabelecimento de um vínculo de emprego, seja pelo regime estatutário, seja pelo celetista.

329. O que ocorre é que muitos entes governamentais decidem utilizar outros instrumentos jurídicos para a contratação dos profissionais, tais como: termos de parceria com Oscips, contratos de gestão com organizações sociais, contratos administrativos com empresas de serviços médicos e cooperativas, credenciamento de pessoas físicas e jurídicas. Na maior parte dos casos, entretanto, tais instrumentos não possuem suporte legal.

330. As auditorias realizadas nesta FOC identificaram problemas graves na gestão de tais ajustes. Entre as causas para tal desordem, pode ser incluída a ausência de uma legislação que defina parâmetros a serem seguidos na condução dos ajustes.

331. Mostra-se como necessária a utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde, que sejam adequados às diferentes necessidades dos serviços. Por exemplo, existem diversos sistemas de remuneração do trabalho médico, com impactos diretos sobre a qualidade e quantidade do serviço prestado. O sistema de remuneração mais adequado para um determinado serviço pode ser aquele relacionado ao tempo de disponibilidade do profissional,

enquanto que para outros serviços seria mais adequada a remuneração por resultado. E o sistema de remuneração adotado está diretamente relacionado com a forma de contratação dos profissionais.

332. *A própria Justiça do Trabalho vem reconhecendo que existem diferentes formas de relacionamento entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde, existindo casos em que tal relação não será caracterizada pelo vínculo de emprego, uma vez que não estariam presentes os requisitos para tal relação, principalmente a subordinação. O mesmo entendimento é observado na esfera cível, quando esta analisa ações que envolvem a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde quanto ato médico.*

333. *Tendo em vista que o Ministério da Saúde tem a competência de regulamentar a relação dos SUS com as entidades privadas de assistência à saúde, entende-se que cabe determinar a ele a elaboração de um plano de ação em que preveja as medidas que serão adotadas no sentido de normatizar a contratação de profissionais de saúde para o SUS. Tal regulamentação é imprescindível, uma vez que a grande maioria dos ajustes existentes no momento atual encontram-se no limbo da ilegalidade.*

6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

334. *Diante do exposto, submete-se o relatório à consideração superior, para que seja encaminhado ao Gabinete do Ministro-Relator Benjamin Zymler, com as propostas que se seguem:*

a) *Determinar ao Ministério da Saúde com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que, com base no inc. XIV do art. 16 da Lei 8.080/1990, encaminhe ao TCU, no prazo de 90 dias, plano de ação contendo as medidas a serem tomadas no sentido de elaborar normatização que regulamente a contratação de profissionais de saúde no SUS, indicando que instrumentos são possíveis na relação com entidades privadas e definindo parâmetros a serem seguidos na celebração e execução dos ajustes, considerando que:*

- i) É vedada a celebração de termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) ou instrumentos congêneres – como o convênio, o termo de cooperação e o termo de fomento – com entidades sem fins lucrativos, para contratação de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde [pgfos. 283 e 288].*
- ii) A contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde [pgfos 35 a 43].*
- iii) No caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: se empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados entre outros [pgfo. 314].*
- iv) O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva [pgfo. 299].*
- v) Devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico objeto do ajuste a ser celebrado, levando*

em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população [pgfo. 251].

vi) Os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, procedimentos que foram realizados, pacientes que foram atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos [pgfos. 126 a 133].

b) Encaminhar cópia do Relatório, do Voto e Acórdão que vierem a ser proferidos ao Ministério da Saúde; às Secretarias Municipais de Saúde de Porto Alegre, Vacaria, Candelária, Balneário Camboriú, Bela Vista do Paraíso, Itaboraí, Imperatriz, Barra do Choça, Candeias, Ibirapitanga e Jeremoabo; à Secretaria de Controle Externo da Saúde e às Secretarias de Controle Externo nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Bahia e Maranhão”.

3. Considerando que o encaminhamento proposto no relatório de auditoria acima transcrito poderia trazer impacto significativo nas rotinas de trabalho do Ministério da Saúde, bem como que o objeto auditado também se relacionaria com a competência legal do Conselho Federal de Medicina, no tocante à fiscalização e normatização da prática médica, determinei, nos termos do artigo 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina para que se manifestem sobre as propostas de encaminhamento formuladas pela unidade técnica.

4. Após o encaminhamento das respostas, a unidade técnica se manifestou, em pareceres uniformes, mediante a instrução à peça 66, cujo exame técnico reproduzo a seguir:

“OITIVAS

3. O CFM se pronunciou por meio do Ofício CFM 5.473/2015-SEJUR (Peça 62). Segundo a entidade, “temos a informar que este Conselho manifesta profunda preocupação com a atual estágio dos vínculos que regem a atuação dos médicos brasileiros tanto nos grandes centros, mas, em especial, em municípios brasileiros, como cuida o objeto da auditoria desse Tribunal de Contas”.

4. Segundo o CFM, a utilização de instrumentos jurídicos sem previsão legal para contratação de profissionais médicos, “além de não fomentar o exercício regular da saúde pública, compromete, por óbvio, a qualidade e a continuidade na prestação dos serviços públicos de saúde”.

5. O Conselho não apresentou discordância em relação à proposta de encaminhamento. Foram descritas algumas medidas adotadas pela entidade com vistas a solucionar os problemas relacionados com a contratação de médicos pelos entes públicos, como:

- i) Criação do Programa de Interiorização do Médico Brasileiro, com o objetivo de alocar profissionais em cidades de até 50 mil habitantes, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;*
- ii) Criação de carreiras federais e estaduais para médicos, cirurgiões-dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e bioquímicos na qual fosse estabelecida a possibilidade de tais profissionais atuarem, mediante convênios federativos, na rede pública municipal;*

6. O CFM também apresenta críticas a algumas das medidas que vêm sendo adotadas pelo Ministério da Saúde, como o Programa Mais Médicos, instituído pela Lei 12.871/2013, que na visão da entidade feriria preceitos constitucionais e legais, e a proposta do Governo Federal de criação de cursos de medicina, os quais estariam sendo “liberados para funcionamento em localidades despidas de requisitos mínimos para a formação médica”.

7. *Por fim, o CFM se disponibiliza para participar dos debates necessários para a discussão dos problemas e soluções relacionados com a contratação de médicos por entes governamentais.*

8. *Já o Ministério da Saúde respondeu a oitiva por meio do Ofício 344/2015/GAB/SE/MS (Peça 65), que encaminha ao Tribunal a Nota Técnica 12/GAB/SGEP/MS, da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério.*

9. *O órgão discorda da proposta de encaminhamento apresentada pela equipe de auditoria, propondo sua rejeição pelo Ministro-Relator. Entende o MS que não existe relação de hierarquia entre União, estados e municípios, mas competências concorrentes relacionadas com o Sistema Único de Saúde. Segundo o Ministério:*

Dentre as atribuições comuns aos gestores do SUS, há a elaboração de normas que visam regulamentar as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública (inciso XI do art. 15 da Lei nº 8.080/1990). Diante disso, o Ministério vem buscando meios para estabelecer consenso entre os demais gestores do SUS, no intuito da construção conjunta de normativas, conforme a sua competência, no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite - CIT.

10. *Assim, depreende-se que, na visão do MS, não cabe a ele regulamentar a contratação de médicos pelo Sistema Único de Saúde, mas sim às três esferas no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite.*

11. *Além disso, segundo o órgão, a Lei 8.080/1990 regula a participação complementar de serviços privados de saúde, que devem ser formalizados mediante contrato ou convênio. Supõe-se que, quando o MS cita a norma, estaria afirmando que não existe espaço para regulamentação, que a norma já definiria como deve ser a contratação de agentes privados pelo SUS de forma completa.*

12. *Então, o Ministério analisa cada um dos pontos levantados na proposta como parâmetros a serem seguidos pelo MS na regulamentação:*

13. *Quanto à proposta da equipe de auditoria de que é vedada a celebração de termo de parceria com Oscip ou instrumentos congêneres com entidades sem fins lucrativos, para contratação de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde, o MS afirma que é impossível o atendimento à proposta. Para justificar, cita a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito do Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923. Segundo o STF:*

"(...) cabe aos agentes eleitos à 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 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 ADIn's nº 1.668/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, e 1.949- MC/RS, ReI. Min. Sepúlveda Pertence".

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, §3; 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; (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 Tofoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.

14. *Quanto à proposta de que a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde, o Ministério da Saúde afirma que exerce as competências definidas pela Lei 8.080/1990 no sentido de orientador dos demais entes, fortalecendo a gestão cooperativa como premissa do SUS. Assim, o órgão elaborou alguns documentos com vistas a orientar estados e municípios, como a cartilha do “SUS de A a Z”, que é voltada para o gestor estadual e municipal de Saúde, contendo conceitos mais usuais relacionados às ações e aos serviços da Saúde Pública, que visa divulgar as funcionalidades do SUS, e onde se inclui a contratualização. Cita ainda o “Caderno da SAS - Orientações para Contratação dos Serviços de Saúde”, que, especificamente nas páginas 40 a 42, trata das Contratações de Unidades de Saúde Privadas sem fins Lucrativos.*

15. *Porém, apesar da União assumir esse papel de orientador, segundo a nota técnica do MS, não compete ao órgão a execução direta de ações e serviços de saúde, esta é uma competência dos municípios, atuando os estados de forma supletiva. Segundo o MS:*

De acordo com as disposições legais contidas na Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, que trata da descentralização do Ministério da Saúde para os estados/municípios, compete ao gestor local, dentre outras atribuições estabelecidas em lei, o seguinte: estabelecer e monitorar a programação físico-financeira dos estabelecimentos de saúde e realizar os pagamentos aos prestadores de serviços que estão sob sua gestão - dessa forma o gestor local é responsável por contratar, autorizar, aprovar e processar os serviços de saúde realizados.

Assim, as contratações de entidades para disponibilização de profissionais de saúde não são feitas pelo Ministério, e sim pelos entes federados, que seguem as normas para esta contratação e obedecem aos preceitos do direito público, conforme normatizado na Lei nº 8.080/1990 no que tange a participação complementar, podendo a União informar e orientar os demais entes da direção do SUS quanto às determinações do TCU em relação a este tema, em complementação ao que já vem sendo feito em relação a outros assuntos correlatos.

16. *Quanto à proposta de que, no caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: se empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados entre outros, o Ministério utiliza os mesmos argumentos usados para contrapor a proposta anterior. Porém, vai além e questiona o mérito da proposta, afirmando que, com base na mesma decisão do STF citada acima, a exigência de licitação não pode existir. Segundo o MS:*

Nesse sentido, esta orientação não pode existir porque as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) estão dispensadas da realização de licitações. Conforme Julgamento do Processo ADI 1923 pelo STF, em acórdão prolatado em 16 de abril de 2015, o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configura 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 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.

A decisão do STF no que tange à dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais segue em conformidade com o inciso XXIV, do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

17. *Quanto à proposta de que o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva, o Ministério da Saúde afirma que:*

A Lei 8.666/1993 (seção II, arts. 27 ao 33), ao reger a habilitação, já abrange o critério de credenciamento exatamente na forma proposta.

Cabe ressaltar que a Lei nº 8.080/1990 traz a possibilidade da participação complementar do privado na prestação de serviços de saúde pública (§2º, do art. 4º), devendo obediência aos princípios da administração pública.

18. *Quanto às propostas de que devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico objeto do ajuste a ser celebrado e de que os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos, o Ministério da Saúde informa que:*

A política nacional de contratualização, os parâmetros de remuneração de serviços e os parâmetros para planejamento e programação de ações e serviços de saúde são estabelecidos e aprovados na Comissão Intergestores Tripartite, com fundamento em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados, os quais seguem submetidos às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, conforme estabelece a Lei nº 8.080/1990, bem como toda a legislação atinente ao SUS.

O modelo de financiamento pactuado pelo Ministério da Saúde com os gestores do SUS (Estados e Municípios) envolve diferentes maneiras de indução da prestação de serviços, como o pagamento por procedimentos, por incentivos de qualificação de serviços, por orçamentação global para custeio de serviços, entre outros, definidos processo de contratualização dos serviços, podendo ser acrescentados recursos próprios municipais e estaduais a título de cofinanciamento. A sistemática de pagamento sempre envolve a relação entre o Ministério da Saúde e o Gestor Local, por meio de transferências automáticas e regulares, conforme previsto na Lei 8142/1990, cabendo a este a contratualização com os prestadores de serviços - públicos ou privados.

Desta maneira, cada política possui sua sistemática, parâmetros e valores específicos de remuneração e indução da oferta de serviço. Vale frisar que tais parâmetros são fixados de forma tripartite, cabendo a cada um dos gestores, na relação com os prestadores, definir termos

específicos dos contratos de prestação de serviços, conforme o perfil do prestador de serviços e o tipo de serviço contratado.

Cabe ao Ministério da Saúde o monitoramento da execução dos serviços em atenção aos parâmetros pré-definidos, bem como acompanhamento dos indicadores de saúde da população e não a fiscalização dos termos dos contratos firmados por cada um dos gestores seja no que se refere ao cumprimento de carga horária ou formas de pagamento, por sua própria deliberação e modo, com os prestadores de serviços, sejam eles públicos ou privados.

ANÁLISE DAS OITIVAS

19. *O Ministério da Saúde propõe a rejeição da proposta de encaminhamento da equipe de auditoria. Todavia, discorda-se da posição do órgão, pois os argumentos apresentados não possuem coerência com os temas abordados na auditoria, o Ministério demonstra um grande desconhecimento da temática tratada e da legislação correlata, além de omitir-se em uma de suas funções essenciais que é a coordenação do Sistema Único de Saúde.*

20. *Inicialmente, o MS afirma que as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), composta por representantes das três esferas. O órgão cita a Lei 8.080/1990, que dispõe sobre as competências da CIT:*

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

21. *Assiste razão ao Ministério ao afirmar que a normatização no SUS deve ser discutida de forma colegiada, na CIT. A própria equipe de auditoria havia levantado a necessidade de a regulamentação da contratação de profissionais de saúde ser discutida com a sociedade. Segundo o relatório de auditoria (Peça 54, pg. 63):*

(...) mostra-se necessário que o poder público defina parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais, ou seja, que o Ministério da Saúde exerça sua competência de normatização das relações entre o SUS e os serviços privados, dentro de um processo de discussão que envolva não apenas os gestores públicos dentro da Comissão Intergestores Tripartite, mas também representantes da sociedade, dos usuários do SUS, dos profissionais de saúde, da academia, entre outros agentes.

22. *Um tema de significativa importância como este não deve ser abordado isoladamente pelo MS, o debate com diversos outros atores é essencial para que não só as melhores soluções sejam discutidas, como também tenham mais chances de serem colocadas em prática. Porém, apesar da necessidade de um debate amplo, a iniciativa para que o debate ocorra cabe ao Ministério da Saúde, é o órgão quem tem a prerrogativa de regulamentar o relacionamento do SUS com entidades privadas de assistência à saúde, conforme determina a Lei 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde:*

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

23. *Todavia, o Ministério demonstra insciência quanto às suas próprias competências enquanto direção nacional do SUS. O órgão afirma que está entre as atribuições comuns do SUS a elaboração de normas que visam regulamentar as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista sua relevância pública, e cita o inciso XI do art. 15 da Lei 8.080/1990.*

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

24. *Assim, o MS estaria buscando meios para estabelecer consenso entre os demais gestores do SUS, no intuito da construção conjunta de normativos. Entretanto, ao citar este inciso XI, o Ministério confunde o tema que está sendo tratado na auditoria. O inciso XI do art. 15 trata da regulação dos serviços privados de saúde, enquanto atividade de relevância pública, ou seja, define que cabe às três esferas normatizar os serviços de saúde prestados fora do SUS, enquanto atividade privada.*

25. *Já o inciso XIV do art. 16 aborda a regulamentação da relação do SUS com os serviços privados, ou seja, quando os estabelecimentos privados prestam serviços ao SUS, quando eles prestam serviço público à população. A auditoria abordou especificamente a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem no SUS, por isso é aplicável ao caso esta normatização que se insere apenas como competência da direção nacional. Não faz sentido o Ministério da Saúde trazer à discussão a competência comum às três esferas da normatização dos serviços privados de saúde.*

26. *Outro argumento usado pelo Ministério para tentar afastar a normatização da disponibilização de profissionais de saúde é o de que não existe hierarquia entre as três esferas. Porém, apesar de não haver hierarquia, isso não significa que não compete ao órgão nacional elaborar normativos que devam ser obedecidos por estados e municípios.*

27. *Pode-se fazer um paralelo com a normatização de licitações e contratos da Administração Pública. Não existe hierarquia entre a União e os estados e municípios, mas a Constituição Federal conferiu à União a competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (inciso XXVII do art. 22). Entendeu o constituinte que, apesar de não existir hierarquia entre os entes, deveriam existir normas gerais de âmbito nacional elaboradas pela União.*

28. *O mesmo ocorre com a normatização do relacionamento do SUS com os serviços privados contratados de assistência à saúde, pois a Lei 8.080/1990 dispõe que compete à direção nacional do SUS normatizar tal matéria. Imagina-se que, caso tal competência fosse conferida aos municípios, como pretende supor o Ministério da Saúde, haveria um verdadeiro caos na saúde pública do país. Devido à dificuldade para contratação de médicos, haveria grandes chances de cada ente municipal elaborar normas mais flexíveis que os demais, com o intuito de atrair os profissionais.*

29. *Analisa-se agora as contestações do Ministério para os pontos da proposta que em como objetivo definir parâmetros a serem seguidos pelos MS na regulamentação do tema.*

30. *O Ministério da Saúde entende que não é legítima a vedação a celebração de termo de parceria com Oscip ou instrumentos congêneres com entidades sem fins lucrativos, para contratação de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde. Mais uma vez o órgão demonstra grande desconhecimento acerca da temática tratada na auditoria.*

31. *Para justificar a possibilidade da contratação de Oscips, o MS cita a decisão do STF que considerou constitucional dispositivos da Lei 9.637/1998, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923. Porém, tal Lei regula a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão com tais entidades. Já a proposta da equipe de auditoria versa sobre a celebração de termo de parceria com entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, parceria esta regulada pela Lei 9.790/1999.*

32. *Primeiro, não faz sentido justificar a possibilidade da celebração e termo de parcerias com Oscips pelo julgamento da constitucionalidade de dispositivos relativos às Organizações Sociais, pois os ajustes firmados com os dois tipos de entidades, apesar de algumas semelhanças, são instrumentos diversos. O próprio relatório da auditoria aponta as diferenças entre as Organizações Sociais e as Oscips.*

33. *Além disso, o que se questiona não é a possibilidade de celebração de termo de parceria com Oscips, mas a utilização deste tipo de ajuste com o objetivo de intermediação de mão-de-obra. Ainda que a celebração de parceria com tais entidades seja legal, há um grande desvirtuamento quando os ajustes são utilizados exclusivamente para contratação de profissionais de saúde. Assim, entende-se que este ponto da determinação deve ser mantido.*

34. *O Ministério questiona outros dois pontos da determinação com a mesma argumentação, são eles:*

b) A contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde.

c) No caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: se empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados entre outros.

35. *Segundo o MS, o órgão tem a função de formular, avaliar e apoiar políticas na área da saúde, o que gera para a União o importante papel de orientador dos demais entes desta direção, fortalecendo a gestão cooperativa como premissa do SUS". Porém, a obrigação de prestar materialmente serviços de saúde caberia aos municípios, atuando os estados de forma supletiva. As contratações de entidades para disponibilização de profissionais não são feitas pelo MS, podendo a União informar e orientar os demais entes.*

36. *Novamente, o MS tenta se omitir de suas atribuições enquanto direção nacional do SUS, alegando que a prestação dos serviços compete aos municípios. Como já foi afirmado anteriormente, ainda que cada ente federativo seja dotado de autonomia, a CF88 e outros normativos conferiram à União a competência de regulamentar determinadas áreas, entra as quais estão as normas gerais de licitação e contratação e, no caso específico da saúde, as relações do SUS com os serviços privados de assistência à saúde.*

37. *Estes dois pontos da determinação têm como objetivo definir que o processo de contratação de entidades para disponibilização de profissionais seja realizado de forma mais racional e planejada, além de seguir dispositivos já previstos em outras leis, como a Lei 8.666/1993 que exige a elaboração de Projeto Básico para a contratação de serviços.*

38. *Quanto ao item "c", o MS ainda afirma que não é possível exigir a realização de procedimento licitatório para contratação de entidade para disponibilização de profissionais de*

saúde, pois as Organizações Sociais e Oscips estariam dispensadas da realização de licitações, além de que o julgamento do STF na ADI/1923 reconheceu o contrato de gestão e o termo de parceria como de natureza convencional, sendo desnecessária a realização de licitação para celebração de tais ajustes.

39. *Mais uma vez o Ministério da Saúde demonstra desconhecer a realidade das contratações de entidades de profissionais de saúde apontada no relatório de auditoria. Foi demonstrado nas auditorias realizadas no âmbito da FOC que são utilizados diversos tipos de ajustes, não apenas com Oscips. Além dos termos de parceria, são contratadas ainda empresas privadas com fins lucrativos e pessoas físicas diretamente. Além disso, como analisado anteriormente, não cabe celebração de termo de parceria para disponibilização de profissionais de saúde. Assim, a realização de procedimento licitatório é essencial e uma exigência legal para a contratação da disponibilização de profissionais de saúde.*

40. *Quanto ao item “d”, que dispõe que é possível a utilização do credenciamento para a contratação de profissionais de saúde, o MS afirma que a Lei 8.666/1993, “ao regram a habilitação, já abrange o critério de credenciamento exatamente na forma proposta”.*

41. *O MS novamente apresenta desconhecimento significativo da legislação. Em nenhum momento a Lei 8.666/1993 menciona a figura do credenciamento, seja como uma modalidade de licitação, seja como uma necessidade de habilitação. Supõe-se que o MS estaria se referindo aos registros cadastrais mantidos por órgãos e entidades que realizem licitações frequentemente:*

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

42. *Porém, este cadastro não possui relação alguma com o credenciamento. Este cadastro tem como objetivo apenas simplificar os procedimentos de habilitação dos fornecedores, sem a necessidade de exigir determinados documentos em todo procedimento licitatório que for realizado.*

43. *Quanto aos dois últimos itens da determinação, o MS utiliza a mesma argumentação para rebatê-los, de que os parâmetros de remuneração dos serviços são estabelecidos e aprovados na Comissão Intergestores Tripartite. Apesar disso, não existe nenhum normativo que estabeleça a forma de remuneração dos serviços de profissionais de saúde disponibilizados por qualquer tipo de entidade. Assim, diante da ausência desta regulamentação, demonstra-se a necessidade de o MS, juntamente com os demais entes na CIT, estabelecerem estes parâmetros. Além disso, como demonstrado no relatório de auditoria, diferentes serviços de profissionais de saúde podem se adequar melhor a diferentes métodos de remuneração, cabendo ao gestor local realizar estudos que demonstrem qual seria o melhor para o caso concreto, a partir das diretrizes definidas pela direção nacional.*

44. *Quanto ao último item, não se compreende como a mesma argumentação referente aos critérios de remuneração seja aplicável à exigência de que os processos de pagamento sejam suportados por documentos que comprovem que os serviços sejam efetivamente prestados. Tal exigência apenas reforça aquilo que os demais normativos da Administração Pública já exigem, de que a liquidação da despesa e o pagamento sejam comprovados com documentos válidos.*

CONCLUSÃO

45. *Considera-se que o entendimento do Ministério da Saúde pela rejeição da proposta de encaminhamento do relatório de auditoria não é equivocado, embasado em interpretações errôneas acerca da legislação e de seu papel na coordenação do Sistema Único de Saúde. Apesar de o SUS ser construído a partir de decisões tomadas em conjunto pelas três esferas de gestão, entende-se que compete ao Ministério a coordenação do processo, principalmente porque a Lei Orgânica da Saúde*

estabelece como sua competência a regulamentação do relacionamento do SUS com os serviços privados de assistência à saúde. Dessa forma, propõe-se que a determinação ao MS seja mantida.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

46. *Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se manter as propostas de encaminhamento do relatório de auditoria:*

i) 9

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de relatório de consolidação de Fiscalização de Orientação Centralizada, cujo objetivo foi avaliar a regularidade dos ajustes firmados pelos governos municipais com entidades privadas para contratação de profissionais de saúde com recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo precípua desta consolidação foi realizar um tratamento sistemático dos achados de auditoria e buscar soluções para os problemas identificados de forma geral.

2. O presente trabalho foi coordenado pela Secex-PR e contou com a participação das secretarias regionais do TCU nos estados da Bahia, Maranhão, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, que escolheram os municípios a serem fiscalizados utilizando, dentre outros critérios, o volume de aporte de recursos oriundos do SUS. Portanto, o quadro a seguir sintetiza os entes federativos selecionados para serem auditados em cada estado, juntamente com a deliberação do Tribunal que apreciou a respectiva fiscalização:

Estado	Entes fiscalizados	Processo	Deliberação do TCU que Appreciou a Fiscalização
Bahia	Governo do Estado da Bahia e Municípios de Barra do Choça, Candeias, Ibirapitanga e Jeremoabo	TC 020.173/2014-8	Acórdão 1.852/2015-Plenário
Maranhão	Município de Imperatriz	TC 023.874/2014-7	Acórdão 1.991/2015-Plenário
Paraná	Município de Bela Vista do Paraíso	TC 024.432/2014-8	Acórdão 1.853/2015-Plenário
Rio de Janeiro	Município de Itaboraí	TC 015.820/2014-9	Acórdão 208/2015-Plenário
Rio Grande do Sul	Municípios de Candelária, Porto Alegre e Vacaria;	TC 020.514/2014-0	Não apreciado
Santa Catarina	Município de Balneário Camboriú.	TC 024.434/2014-0	Não apreciado

3. Considerando-se as carências de certos profissionais da área de saúde, notadamente de médicos, bem como as dificuldades vivenciadas pelos entes federativos para a contratação de tais profissionais, alguns gestores públicos têm adotado modelos diferenciados de contratação, recorrendo à terceirização dos serviços, em vez de realizar o provimento dos cargos mediante concursos públicos.

4. As auditorias realizadas nesta FOC identificaram contratações de mão de obra por meio de diversos tipos de instrumentos: contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS); termos de parceria firmados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip); convênios acordados com entidades sem fins lucrativos; contratos administrativos celebrados com entidades privadas de serviços médicos; contratos administrativos com cooperativas; bem como credenciamento de pessoas físicas e jurídicas.

5. A equipe de auditoria explicitou que tais instrumentos têm sido utilizados como forma de se evitar os limites impostos pelo teto remuneratório do município, vinculado ao subsídio percebido pelo prefeito, principalmente no que tange ao pagamento de médicos, e aos parâmetros máximos com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

6. Além dos motivos expostos pela equipe de fiscalização, avalio que existam outras explicações para o fenômeno, tal qual a dificuldade de contratar médicos, assim como a maior

flexibilidade nas compras públicas realizadas indiretamente pelas entidades privadas ou a contratação de pessoal sem concurso público.

7. Entre as justificativas que motivaram a presente auditoria, a Secex-PR elencou a relevância e a materialidade do tema, bem como historiou trabalho de fiscalização conduzido no exercício de 2011 nos municípios paranaenses de Paranaguá, Pinhais e Castro, o qual foi apreciado pelo Acórdão 586/2012-Plenário, relatado pela eminente Ministra Ana Arraes.

8. No curso dos trabalhos, foram formuladas as seguintes questões de auditoria, que tiveram que ser adaptadas em cada uma das fiscalizações, conforme modelo de contratação de profissionais de saúde adotado pelo ente fiscalizado:

- i) A terceirização da contratação de profissionais de saúde foi precedida de planejamento adequado e dos procedimentos exigidos em lei?
- ii) A seleção da entidade responsável pela prestação do serviço foi regular quanto às disposições legais?
- iii) Houve análise do governo municipal quanto à capacidade operacional da entidade para prestar o serviço e a entidade conseguiu comprovar que detinha os requisitos necessários e exigidos por lei?
- iv) A contratação da entidade foi formalizada por instrumento jurídico competente?
- v) O ajuste foi executado nos prazos, etapas, quantidades e requisitos nele definidos?
- vi) A entidade utilizou os recursos recebidos na execução dos serviços de acordo com o estabelecido no ajuste e nos normativos legais?
- vii) Houve aplicação de recursos do ajuste em atividades da própria entidade?
- viii) O município realizou os controles necessários para avaliar a execução dos serviços?

9. Nas fiscalizações realizadas no âmbito desta FOC, foram identificados diversos indícios de irregularidade, os quais denotam respostas negativas para as questões de auditoria transcritas acima. Tais achados estão consolidados a seguir e foram organizados pela Secex-PR com base nas fases de contratação (planejamento, seleção, contratação, execução e controle):

- i) ausência ou precariedade do planejamento da terceirização;
- ii) inexistência ou direcionamento dos processos de seleção das entidades;
- iii) deficiências na análise dos requisitos e da capacidade operacional das entidades;
- iv) inadequação dos instrumentos jurídicos utilizados para formalizar a terceirização;
- v) fiscalização e controle deficientes da execução dos ajustes; e
- vi) ausência da comprovação da aplicação dos recursos na execução do objeto.

10. Em vista dessas constatações, a unidade técnica propôs determinar ao Ministério da Saúde que encaminhasse ao TCU um plano de ação contendo medidas a serem tomadas no sentido de elaborar normatização que regulamentasse a contratação de profissionais de saúde no SUS, indicando que instrumentos seriam possíveis na relação com entidades privadas e definindo parâmetros a serem seguidos na celebração e execução dos ajustes, considerando as proposições a seguir enumeradas:

- i) é vedada a celebração de termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) ou instrumentos congêneres – como o convênio, o termo de cooperação e o termo de fomento – com entidades sem fins lucrativos, para contratação de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde;

- ii) a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;
- iii) no caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: se empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados entre outros;
- iv) o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva;
- v) devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo - por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração - possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população; e
- vi) os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, procedimentos que foram realizados, pacientes que foram atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos.

11. Considerando que o encaminhamento proposto no relatório de auditoria acima transcrito poderia trazer impacto significativo nas rotinas de trabalho do Ministério da Saúde e que o objeto auditado também se relacionaria com a competência legal do Conselho Federal de Medicina, no tocante à fiscalização e normatização da prática médica, determinei, nos termos do artigo 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina (CFM) para que se manifestassem sobre as propostas de encaminhamento formuladas pela unidade técnica.

12. A unidade técnica, em seu derradeiro exame, manteve a proposta de encaminhamento na instrução inserta à peça 65, lavrada após a manifestação do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, a despeito de a citada pasta ministerial ter se manifestado contrariamente à proposição da Secex-PR.

II

13. Realizada essa contextualização dos fatos, passo a tratar de cada um dos achados de auditoria, iniciando pela deficiência no planejamento da terceirização. A Secex-PR relatou diversos problemas na planificação das contratações analisadas, em particular, a inexistência de estudos demonstrando que a terceirização de mão de obra seria a melhor opção para o ente contratante. Ressalta a unidade técnica que deveria haver uma análise comparativa entre o regime de contratação de profissionais por concurso público e a transferência da gestão da unidade de saúde para uma entidade privada. Em nenhum dos ajustes auditados no âmbito desta FOC foi verificada uma avaliação nesses moldes.

14. Relembro que esta não é a primeira oportunidade em que o TCU se depara com constatações do gênero. O Tribunal realizou auditoria operacional em 2012/2013, coordenada pela SecexSaúde, juntamente com algumas secretarias estaduais. O referido trabalho fiscalizatório foi apreciado pelo Acórdão 3.239/2013-Plenário, relatado pelo insigne Ministro Walton Alencar Rodrigues. Dentre outras conclusões, o referido **decisum** deliberou que o processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deveria conter estudo detalhado que contemplasse a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais seria a melhor opção, bem como avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, incluindo planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão.

15. Não se pode olvidar que a decisão de terceirizar as ações de saúde seja ato discricionário do gestor público, mas isso não o exime de motivar a decisão tomada. Corrobora esse entendimento, posicionamento do Ministro Walton Alencar Rodrigues, quando da relatoria do Acórdão 3.239/2013-Plenário, ao tratar do tema:

“O administrador, no exercício do poder discricionário, está obrigado a consignar, de forma expressa e antecipada, a motivação do ato, inclusive os critérios utilizados, sob pena de nulidade. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (in Curso de Direito Administrativo. 16ª edição, São Paulo: Malheiros. p. 368-369):

"Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-la e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato."

Sobre o tema, assim se manifesta Juarez Freitas (in Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-59):

"Como pondera Hartmut Maurer, "a motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico, cercando-se, assim, de garantias suficientes. Ela serve, igualmente, ao cidadão que, graças à motivação e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e a conveniência de um recurso. Ela facilita, enfim, o controle jurisdicional, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal administrativo podem comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão."

Assim, nos autos do processo administrativo correspondente, devem estar evidenciados os motivos que levaram a Administração a decidir pela transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para o terceiro setor."

16. Em vista do exposto, a Secex-PR incluiu, dentre as propostas de determinação formuladas ao Ministério da Saúde, que o órgão normatizasse a contratação de profissionais de saúde pelo SUS considerando que deveriam ser realizados estudos que indicassem qual sistema de remuneração dos serviços prestados seria mais adequado para diversos tipos de ajuste. Também foi feita proposição no sentido de que a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deveria ser precedida de estudos que demonstrassem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público.

17. Em sua manifestação, o Ministério da Saúde ponderou inicialmente que não existiria relação de hierarquia entre União, Estados e Municípios, mas competências concorrentes e complementares entre os partícipes do Sistema Único de Saúde (SUS). No âmbito municipal, em conformidade com o art. 14-A da Lei 8.080/1990, as políticas seriam aprovadas pelo Conselho

Municipal de Saúde; no âmbito estadual, seriam negociadas e pactuadas pela Comissão Intergestores Bipartite - composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde e deliberadas pelo Conselho Estadual de Saúde (CES) - composto por vários segmentos da sociedade. Por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) - composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde.

18. Assim, a elaboração de normas seria uma atribuição comum a todos os gestores do SUS, consoante o inciso XI do art. 15 da lei 8.080/1990.

19. O Ministério da Saúde também afirmou exercer papel orientador dos demais entes, tendo produzido alguns documentos com vistas a orientar estados e municípios, como a cartilha do “SUS de A a Z”, contendo conceitos mais usuais relacionados às ações e aos serviços da Saúde Pública, que visa divulgar as funcionalidades do SUS, e onde se inclui a contratualização. Citou ainda o “Caderno da SAS - Orientações para Contratação dos Serviços de Saúde”, que, especificamente nas páginas 40 a 42, trata das contratações de unidades de saúde privadas sem fins lucrativos.

20. A Secex-PR analisou as alegações do Ministério da Saúde e considerou que, embora assista razão ao órgão de que a normatização do SUS deveria ser discutida de forma colegiada na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e com a própria sociedade em geral, o Ministério deveria exercer sua competência de direção nacional do SUS, incluindo a elaboração de normas.

21. Além disso, a unidade técnica bem observou que o inciso XIV do art. 16 da Lei 8.080/1990, que aborda a regulamentação da relação do SUS com os serviços privados, prevê que a regulamentação do tema é de competência da direção nacional do SUS, e não competência comum dos entes federativos.

22. É relevante também trazer algumas considerações realizadas pelo CFM, em resposta a sua oitiva. Aquela entidade manifestou preocupação com os vínculos que regem a atuação de médicos nos municípios brasileiros e afirmou que a utilização de instrumentos jurídicos sem previsão legal para contratação de profissionais médicos, *“além de não fomentar o exercício regular da saúde pública, compromete, por óbvio, a qualidade e a continuidade na prestação dos serviços públicos de saúde”*.

23. O CFM, além de apresentar críticas a algumas das medidas que vêm sendo adotadas pelo Ministério da Saúde, a exemplo do Programa “Mais Médicos”, instituído pela Lei 12.871/2013, não discordou das propostas de encaminhamento formuladas pela equipe de auditoria e apresentou algumas medidas para solucionar os problemas relacionados com a contratação de médicos pelos entes públicos:

- i) criação do Programa de Interiorização do Médico Brasileiro, com o objetivo de alocar profissionais em cidades de até 50 mil habitantes, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; e
- ii) instituição de carreiras federais e estaduais para médicos, cirurgiões-dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e bioquímicos na qual fosse estabelecida a possibilidade de tais profissionais atuarem, mediante convênios federativos, na rede pública municipal.

24. Antecipo que concordo com o preciso diagnóstico realizado pela unidade instrutiva, adotando-o como razão de decidir. Porém, julgo que o encaminhamento proposto merece algumas considerações adicionais.

25. Primeiro, é de se ponderar se existe realmente a necessidade de normatizar e regulamentar a contratação de profissionais médicos no âmbito do SUS. A bem da verdade, as Leis 8.666/1993, 9.637/1998, 9.790/1999, 10.520/2002, 12.871/2013 e 13.019/2014, a meu ver, proporcionam um arcabouço normativo satisfatório para regulamentar os mais variados tipos de ajuste.

26. Avalio também que os achados observados nas fiscalizações desta FOC decorrem principalmente da inobservância, por parte dos entes federativos auditados, da legislação e dos princípios que regem a Administração Pública. Não posso também deixar de reconhecer que a fiscalização exercida pelos conselhos de saúde no acompanhamento dos contratos não tem evitado a ocorrência da mais variada sorte de irregularidades nesses ajustes.

27. As competências normativas atribuídas ao Ministério da Saúde pela Lei 8.080/1990 referem-se, dentre outras, às regras de repasses do SUS e à formulação de políticas e planejamento estratégico de saúde, de forma que a regulamentação de contratações de organizações da sociedade civil, bem como dos instrumentos jurídicos que lhes são correlatos, é matéria mais abrangente, pois as entidades do terceiro setor também se relacionam com o Estado em outras áreas, tais como ciência e tecnologia, assistência social, cultura, educação, meio ambiente e cidadania. Ademais, a expedição de normas gerais relativos a contratação, em suas mais variadas formas, é matéria privativa da União, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

28. Entendo também que o momento para expedição da determinação no formato proposto seja inoportuno. A própria Lei 13.019, de 32 de julho de 2014, entraria em vigor inicialmente em 90 dias após a sua publicação. Porém, com a edição da Lei 13.102/2015, o início de sua vigência foi prorrogado para 1/8/2015. Antes disso, contudo, a MP 685, de 21/7/2015, a qual foi convertida na Lei 13.204/2015, prorrogou novamente o início da vigência para 540 dias a contar da publicação da lei. Para os municípios, as novas normas sobre o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil entrará em vigor a partir de 1/1/2017.

29. Trata-se, pois, de um assunto em plena ebulição normativa, ainda sequer regulamentado pelo Poder Executivo. Portanto, considero que neste momento seja pertinente realizar tão somente uma determinação para que o Ministério da Saúde oriente os entes federativos a respeito do achado ora em exame, tal como foi procedido pelo Acórdão 3.239/2013-Plenário.

30. Quanto às sugestões encaminhadas pelo CFM, entendo que sua implementação exige a edição de atos normativos pelo Poder Legislativo, extrapolando a competência desta Corte de Contas. Por tal motivo, considero pertinente encaminhar cópia desta deliberação às comissões temáticas de ambas as casas do Congresso Nacional.

III

31. Ainda sobre as falhas de planejamento observadas nas contratações auditadas que compuseram a amostra desta FOC, foi evidenciado um elevado número de contratações emergenciais envolvendo a disponibilização de profissionais de saúde. São igualmente preocupantes as deficiências observadas nas estimativas do custo das contratações, verificadas em diversos ajustes fiscalizados. No caso de contratos administrativos, a Lei 8.666/1993 exige o detalhamento dos custos previamente à contratação em diversos dispositivos (art. 7º, § 2º, inciso II, e § 4º, art. 6º, inciso IX, alínea “F”, e art. 15, inciso V, art. 40, inciso X, e art. 43, inciso IV). O TCU também já firmou entendimento de que o processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve conter avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão (Acórdão 3.239/2013-Plenário).

32. Releva destacar que a Lei 13.019/2014 estabelece que a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil, cujo edital deverá conter o valor previsto para a realização do objeto. O art. 23 do citado diploma legal também estabelece que a Administração Pública estabelecerá critérios a serem seguidos, em particular os custos e indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados.

33. Considero que as deficiências nas estimativas de custos dos ajustes também estejam diretamente relacionadas com outro achado recorrente desta FOC relativo à negativa de comprovação da aplicação dos recursos na execução do objeto.

34. É relevante enfatizar que o fato de os processos de contratação não contarem com orçamento prévio e planilha detalhada de custos é uma causa diretamente relacionada com as constatações de superfaturamento dos serviços prestados, visto que não há uma definição devidamente embasada do valor a ser repassado pelo Poder Público à entidade privada. Em todas as auditorias desta FOC já apreciadas pelo Tribunal, foi determinada a constituição de processos de tomada de contas especial para reaver os prejuízos apurados ao SUS.

35. Foram relatadas ocorrências diversas, tais como a realização de despesas a título de taxa de administração, a subcontratação integral por parte da Oscip, a existência de gastos genéricos, não discriminados, pagamento injustificado a título de diárias, burla ao pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários, indícios de sonegação fiscal, dentre outras irregularidades atreladas à deficiência da estimativa dos quantitativos e valores dos serviços a serem prestados.

36. O relatório de fiscalização também apontou ajustes celebrados com Oscips ou com empresas privadas em que houve o pagamento de percentual como taxa de administração ou custo operacional. Nesse aspecto, observo que houve alteração legislativa após o término da auditoria, pois a redação original do inc. II do art. 47 da Lei 13.019/2014, em vigor à época de elaboração deste relatório de auditoria, estabelecia que o plano de trabalho poderia prever o pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, não superiores à 15% do valor total da parceria, desde que observadas algumas condições, em particular, que fosse demonstrada, no plano de trabalho, a vinculação entre a realização do objeto e os referidos custos indiretos e que tais custos não fossem remunerados por nenhum outro instrumento de parceria. Todavia, o referido dispositivo teve redação alterada pela Lei 13.204/2015, editada ao final do exercício passado, a qual suprimiu o teto de 15% para o pagamento dos custos indiretos da parceria.

37. A unidade técnica formulou proposta de encaminhamento de determinação ao Ministério da Saúde para que o órgão apresentasse ao TCU plano de ação para a regulamentação da matéria, no sentido de que a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deveria possuir planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes.

38. Novamente entendo que as conclusões da unidade técnica estão bem embasadas, mas pelos mesmos motivos anteriormente expostos, entendo suficiente determinar ao Ministério da Saúde que oriente os entes federados sobre tal assertiva.

39. Assiste razão ao Ministério da Saúde no sentido de que as contratações de entidades para disponibilização de profissionais de saúde são realizadas diretamente pelos entes federados, que deveriam se guiar pelas normas e preceitos do direito público. Contudo, entendo salutar que o órgão informe e oriente os demais entes públicos quanto aos entendimentos do TCU em relação a este tema, em complementação ao que já foi realizado mediante edição de cartilhas e de guias orientativos produzidos pelo referido Ministério.

40. Ademais, nada obsta que o TCU também encaminhe cópia da presente deliberação, com os entendimentos ora consignados, ao Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e ao Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems), instituições que, nos termos da Lei 8.080/1990, são reconhecidas como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde.

IV

41. No que tange ao achado relacionado às falhas na fiscalização e controle dos ajustes, a equipe de fiscalização bem sintetizou as diversas imposições legais disciplinando o acompanhamento

de sua execução pelo Poder Público, a saber: o art. 67 da Lei 8.666/1993, os arts. 8º, 35, 58, 59 e 60 da Lei 13.019/2014 e o art. 11 da Lei 9.790/1990.

42. Ocorre que nos processos de pagamento avaliados pela equipe de auditoria, na grande maioria dos casos, foi verificado que os pagamentos são realizados sem o acompanhamento da frequência dos profissionais de saúde e sem o devido suporte documental, o que impossibilita o atesto da efetiva execução dos serviços. Em muitos casos, sequer houve designação formal do representante da Administração para fiscalizar o ajuste.

43. As equipes de fiscalização apuraram também que o controle exercido sobre a terceirização dos profissionais de saúde é manifestamente insuficiente. Os municípios não estão devidamente aparelhados com equipes com a qualificação necessária para examinar prestações de contas e os resultados obtidos com as entidades contratadas.

44. Com base no exposto, é pertinente a expedição de orientação pelo Ministério da Saúde, no exercício de sua função diretiva do SUS, no sentido de que processos de pagamento das entidades contratadas pelos municípios devem estar suportados por documentos comprobatórios dos serviços prestados, que demonstrem o controle da frequência dos profissionais, procedimentos que foram realizados, pacientes que foram atendidos, bem como garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos.

V

45. Com relação aos achados relacionados à inadequação dos instrumentos jurídicos utilizados para formalizar a terceirização, às deficiências dos processos de seleção das entidades, bem como às falhas na análise dos requisitos e da capacidade operacional das entidades, creio que seja pertinente o seu tratamento em conjunto nesta deliberação, dado o inter-relacionamento existente entre os temas.

46. Foi observada uma grande diversidade de irregularidades nas fiscalizações integrantes desta FOC, as quais já receberam o tratamento cabível nos respectivos processos. No entanto, é relevante contextualizar algumas das considerações realizadas pela equipe de auditoria, as quais terão impacto nas propostas que serão submetidas à consideração deste Plenário.

47. Trato inicialmente da contratação de entidade sem fins lucrativos mediante convênios. Consoante apontou a Secex-PR, com o início da vigência da Lei 13.019/2014 foram instituídos o termo de colaboração e o termo de fomento, em substituição aos convênios, na relação entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil. Com base na redação original da Lei, os convênios poderiam ser celebrados apenas entre entes governamentais, conforme disposto no art. 84 do citado diploma legal. Entretanto, a Lei 13.204/2015 promoveu diversas alterações em toda a Lei 13.019/2014, inclusive no referido artigo, permitindo expressamente a celebração de convênios com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, nos termos do §1º do art. 199 da Constituição Federal, que estabelece que as instituições privadas podem participar, de forma complementar, do SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

48. O art. 2º da Lei 13.019/2014 também define o instrumento de chamamento público como procedimento de seleção da organização da sociedade civil, o qual deverá observar os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

49. Assim, ante a expressa previsão do §1º do art. 199 da Constituição Federal – que admite a celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos - e a alteração legislativa ocorrida após o término da auditoria, é possível que tais instrumentos sejam firmados entre os entes federativos e entidades sem fins lucrativos. No entanto, consoante pacífica jurisprudência desta Corte de Contas, a inexistência de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação entre os participantes, torna

indevida a assinatura de convênio ou instrumento congênere unicamente para a realização de terceirização de mão de obra.

50. A utilização de convênios ou instrumentos congêneres, tais como termos de colaboração e de fomento, pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e conveniente, sem que exista a previsão de lucro por uma das partes, tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento pela outra parte. Assim, serviços de terceirização de profissionais médicos mediante esses ajustes é inadequada, sendo cabível a contratação desse tipo de objeto adotar o devido procedimento licitatório.

51. Nas terceirizações realizadas com Organizações Sociais, mediante a celebração de contrato de gestão, a Lei 9.637/1998 não previu nenhum processo seletivo, mas o entendimento do TCU no Acórdão 3.239/2013-Plenário é no sentido de que é cabível a realização de um chamamento público.

52. Existia controvérsia relacionada à constitucionalidade da terceirização do gerenciamento de ações e serviços de saúde, atividade considerada finalística de Estado, com organizações sociais. Nesse sentido, foi ajuizada a ADI 1.923/1998, questionando a Lei 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de organizações sociais e o Programa Nacional de Publicização, bem como o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 9.648/98, que permite a dispensa de licitação na celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

53. Em 2015, o STF proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, no sentido de 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.”

54. Dessa maneira, no tocante aos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, julgo que a legalidade da matéria esteja definitivamente pacificada com a decisão do STF proferida no âmbito da ADI 1.923/1998, não cabendo nenhuma providência no âmbito deste Relatório de Auditoria.

55. Por sua vez, entendo também pertinente ressaltar alguns aspectos relacionados à contratação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip). Tais entidades são, em princípio, associações civis regidas pelo art. 53 do Código Civil Brasileiro que são qualificadas, a pedido, como Oscip pelo Ministério da Justiça (MJ). Para isso devem atender algumas exigências sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas instituídas pela Lei 9.790/1999 e regulamentadas pelo Decreto 3.100/1999 e pelas Portarias 361/1999 - MJ e 6/2012 da Secretaria Nacional de Justiça.

56. A qualificação concedida vincula a entidade a instrumento específico de mútua cooperação com o Poder Público, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/1999, no caso, o Termo de Parceria. Trata-se, pois, de instrumento também caracterizado por interesses convergentes das partes, com natureza jurídica diversa do contrato, o que afasta a possibilidade de contratação de uma Oscip pela Lei 8.666/1993.

57. A seleção da Oscip pelo órgão estatal para a celebração de Termo de Parceria ocorre mediante concurso de projetos, consoante os arts. 23 a 31 do Decreto 3.100/1999 c/c o Decreto 7.568/2011.

58. O TCU, mediante o Acórdão 746/2014-Plenário, relatado pelo ínclito Ministro Marcos Bemquerer, firmou entendimento de que é vedado às Oscip, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal, porquanto tal agir implicaria ofensa à Lei n. 9.790/1999, que dispõe ser o Termo de Parceria o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público.

59. A participação de Oscip em torneios licitatórios da Administração Pública consubstancia quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de Termo de Parceria.

60. Inobstante o exposto, em diversas fiscalizações o TCU tem constatado a contratação de Oscip por meio de outros tipos de ajustes. Por exemplo, no âmbito do TC 020.514/2014-0, a equipe de auditoria verificou que o município de Candelária-RS celebrou convênio com uma entidade criada especificamente para intermediação de mão de obra para o município. Apesar de qualificada como Oscip, o ajuste celebrado foi um convênio, e não o termo de parceria, sem que houvesse qualquer processo de seleção da entidade. Também foram verificadas contratações realizadas com amparo na Lei 8.666/1993 com Oscip em auditoria de conformidade realizada pela Secex-PR (TC 003.953/2011-4) nas prefeituras paranaenses de Castro, Paranaguá e Pinhais, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação, por Oscip, de recursos federais do SUS. Tal auditoria foi apreciada pelo Acórdão 586/2012-Plenário, de relatoria da eminente Ministra Ana Arraes.

61. Entendo pacificado no âmbito deste Tribunal que o Termo de Parceria seja o tipo de ajuste adequado para estabelecer relação entre o Poder Público e as Oscips, que devem ser selecionadas mediante concurso de projetos. Porém, a equipe de auditoria trouxe outra questão controversa a respeito da contratação para o fornecimento de mão de obra terceirizada a órgãos públicos por meio de uma Oscip. Entende a unidade técnica eu tal possibilidade não estaria prevista no art. 3º, **caput**, da lei 9.790/99. Foi verificado também que existem precedentes do Poder Judiciário decretado a nulidade de Termos de Parceria celebrados entre municípios e Oscips, por entender haver vedações constitucionais e legais para a transferência da responsabilidade pelo serviço municipal de saúde à entidade privada.

62. A equipe de auditoria concluiu que as Oscips não poderiam celebrar parceria com o poder público cujo objeto seja apenas a simples intermediação de mão de obra, pois isso constitui um desvirtuamento da natureza do ajuste e da atuação da entidade. Para embasar suas conclusões, a Secex-PR realizou extensa distinção entre a natureza das Organizações Sociais e das Oscips e, enfatizando que as primeiras seriam contratadas para assumir serviços já prestados pelo Estado, enquanto as últimas prestariam determinados serviços de interesse coletivo, que o Poder Público apoiar.

63. Assim, a Oscip deveria desenvolver projetos próprios de interesse social, desenvolver atividades de interesse coletivo por seus próprios meios, recebendo o auxílio financeiro do poder público por meio da celebração de um termo de parceria.

64. A manifestação do Ministério da Saúde discordou da proposição da equipe de auditoria no sentido de que seria vedada a celebração de termo de parceria ou instrumentos congêneros com Oscip para contratação de profissionais de saúde. Entretanto, os argumentos aduzidos pelo órgão não ajudaram a elucidar a matéria, visto que se se referiram ao julgamento da ADI 1923 pelo STF, que

tratou exclusivamente das organizações sociais. Assim, o Ministério fez uma nítida confusão entre os conceitos e institutos aplicáveis às organizações sociais e às Oscips. A manifestação do CFM também não adentrou nos aspectos jurídicos da matéria.

65. Analisando a questão, considero que assiste razão à equipe de auditoria e acolho a proposta formulada com ajustes de forma, nos termos de que não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscisp ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.

VI

66. Com relação à legalidade dos instrumentos jurídicos utilizados para formalizar a terceirização de profissionais de saúde, a Secex-PR dedicou um capítulo inteiro do relatório de consolidação para realizar aprofundado estudo da matéria, em vista da constatação de que muitos municípios têm se enveredado por instrumentos de contratação desprovidos de respaldo legal.

67. Já foi abordada a celebração de ajustes com organizações sociais e com Oscips, restando analisar as constatações referentes ao uso do credenciamento e a celebração de contratos administrativos amparados na Lei 8.666/1993.

68. Consoante evidenciado pela jurisprudência e bibliografia colacionadas no relatório que fundamenta esta decisão, há diferentes formas de contratação dos profissionais de saúde, as quais podem exigir também o emprego de distintos sistemas de remuneração. Portanto, a unidade instrutiva concluiu acertadamente que não existe apenas uma espécie de relacionamento entre estabelecimentos e profissionais de saúde que seja adequada para todos os casos.

69. A Justiça do Trabalho também reconhece as diferentes maneiras de relacionamento entre os estabelecimentos de saúde e os profissionais médicos, existindo casos em que tal relação não será caracterizada pelo vínculo de emprego, uma vez que não estariam presentes os requisitos para tal relação, principalmente a subordinação. O mesmo entendimento é observado na esfera cível, quando esta analisa ações que envolvem a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde quanto ao médico.

70. A disponibilização dos profissionais de saúde é muito frequente mediante a utilização de contratos administrativos celebrados com amparo na Lei 8.666/1993. Embora não exista nenhuma polêmica sobre a legalidade deste tipo de ajuste, a unidade técnica ressaltou que nesta modalidade de terceirização o órgão contratante deveria realizar procedimento licitatório que considerasse nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais, **in casu**: empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados entre outros.

71. A preocupação da unidade técnica foi exemplificada com casos auditados, nos quais a empresa contratada possuía os médicos prestadores de serviços como sócios, que, após o desligamento da empresa, ingressavam com ações na Justiça do Trabalho contra o município, exigindo o reconhecimento de relação de emprego com o ente governamental e o pagamento de encargos trabalhistas não recolhidos, apesar de os valores relativos às taxas terem sido transferidos pelo município à empresa. Também foram verificados contratos administrativos celebrados com cooperativas de trabalho, em que os próprios médicos cooperados prestavam os serviços.

72. Foi proposto pela Secex-PR que, no caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deveria ser realizado procedimento licitatório que considerasse nas propostas a modalidade de vínculo existente entre as entidades e os profissionais.

73. O Ministério da Saúde asseverou que nada obsta que a União informe e oriente os demais entes componentes da direção do SUS quanto às determinações do TCU em relação a este tema, em complementação ao que já vem sendo feito, porém divergiu pontualmente sobre a realização do

procedimento licitatório, referindo-se à decisão do STF na ADI 1923 e à hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/1993, que trata celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais para atividades contempladas no contrato de gestão.

74. Novamente verifico que a determinação proposta pela equipe de auditoria não foi bem compreendida pelo Ministério da Saúde, pois a proposição referia-se aos contratos administrativos celebrados com entidades privadas com fins lucrativos e não aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais.

75. Ainda assim, julgo que o encaminhamento proposto pela equipe de auditoria seja de difícil aplicação, pois os diversos tipos de vínculos entre as entidades contratadas e os profissionais terceirizados implicam em diferentes valores de referência para a contratação. Não há como precisar, **a priori**, qual será o vínculo mantido entre o futuro contratado e os médicos que prestarão os serviços. Igualmente, não pode a Administração estabelecer, no instrumento convocatório, vários valores de referência e/ou critérios de aceitabilidade de preços para a contratação de serviços.

76. Faço um paralelo com as disposições existentes na IN SLTI 2/2008, no que tange à possibilidade de participação de cooperativas de trabalho ou de entidades sem fins lucrativos nos contratos de prestação de serviços celebrados pelos órgãos do Poder Executivo Federal. A citada instrução normativa prevê a apresentação de documentação diferenciada de habilitação pelos licitantes constituídos sob a forma de cooperativas ou de instituições sem fins lucrativos, mas não prevê nenhuma diferenciação no orçamento estimativo da contratação. A IN também exige a apresentação de documentação específica das cooperativas por ocasião dos pagamentos a serem executados pelo órgão contratante.

77. Portanto, deixo de acolher a proposição sugerida pela unidade técnica.

78. Em linha com o relatório de auditoria, creio que não existam maiores controvérsias quanto à possibilidade do uso do credenciamento, considerado uma forma de contratação válida pela jurisprudência desta Corte de Contas, nas situações em que se observa a inviabilidade de competição pela contratação de todos ou a maior oferta de profissionais/serviços do que a demanda do órgão contratante, desde que observados regras objetivas e imparciais de contratação de interessados, assim como dos demais princípios inerentes à Administração Pública.

79. Conforme os motivos já expostos neste voto, entendo que a determinação proposta pela unidade técnica para o Ministério da Saúde regulamentar a questão não seja o melhor encaminhamento, pois determinação semelhante já foi realizada mediante o Acórdão 1.215/2013-Plenário, de forma que o assunto deve ser acompanhado no respectivo processo. Porém, julgo que seja cabível determinação para que o órgão expeça orientação a respeito aos municípios.

80. Por derradeiro, louvando a excelência desta relevante Fiscalização de Orientação Centralizada coordenada pela Secex-PR, parabênizo, na pessoa do Secretário João Manoel da Silva Dionísio, a todos os servidores que participaram dos trabalhos de auditoria.

Ante todo o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de fevereiro de 2016.

BENJAMIN ZYMLER
Relator



ACÓRDÃO Nº 352/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.783/2014-3.
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Conselho Federal de Medicina.
4. Órgãos/Entidades: Ministério da Saúde (vinculador); Entidades/órgãos do Governo do Estado da Bahia; Prefeituras Municipais do Estado da Bahia; Prefeituras Municipais do Estado de Santa Catarina; Prefeituras Municipais do Estado do Maranhão; Prefeituras Municipais do Estado do Paraná; Prefeituras Municipais do Estado do Rio de Janeiro; Prefeituras Municipais do Estado do Rio Grande do Sul.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex-PR).
8. Representação legal: não há
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria consolidando Fiscalização de Orientação Centralizada, que teve como objetivo avaliar a regularidade dos ajustes firmados pelos governos municipais e estaduais com entidades privadas para terceirização de profissionais de saúde com recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante os motivos expostos pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Ministério da Saúde com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que oriente todos os entes federativos a observarem as seguintes diretrizes na celebração de ajustes com entidades privadas visando a prestação de serviços de saúde:

9.1.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

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

9.1.4. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por

documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.1.5. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscip ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.

9.2. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e acórdão que a fundamentam:

9.2.1. ao Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass);

9.2.2. ao Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems);

9.2.3. ao Conselho Federal de Medicina (CFM);

9.2.4. à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, da Câmara dos Deputados;

9.2.5. à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle e à Comissão de Assuntos Sociais, do Senado Federal;

9.2.6. ao Departamento nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde;

9.2.7. à Controladoria Geral da União; e

9.2.8. à Secretaria de Controle Externo da Saúde, para fomentar o planejamento das ações de controle no âmbito do próximo Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde (FiscSaúde);

9.3. autorizar à Secretaria-Geral de Controle Externo a inclusão no Plano de Controle Externo do presente exercício a realização de novas ações para fiscalizar os ajustes celebrados com entidades privadas para terceirização de profissionais de saúde com recursos do SUS.

10. Ata nº 5/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 24/2/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0352-05/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Benjamin Zymler (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.



13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício