

COLENDO COLÉGIO DE PROCURADORES DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ

Apresentamos, com fulcro na Resolução nº 03/2016 deste Colégio de Procuradores, a proposta de Enunciado Ministerial - EM nº 006, com fundamentos nas questões de fato e de direito que passamos a delinear.

A partir do movimento de reforma do Estado da década de 1990¹, surgiu a figura das organizações sociais. Trata-se de qualificação criada no intuito de que entidades privadas sem fins lucrativos pudessem absorver a execução de serviços não exclusivos do Estado, mediante a celebração de contrato de gestão.

No âmbito federal, surgiu a Lei nº 9.637/98, a qual teve a sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI nº 1923/DF. O Ministro Luiz Fux, que elaborou o voto condutor do Acórdão, trouxe brilhantes reflexões acerca da compreensão dos contratos de gestão com entidades privadas sem fins lucrativos, das quais se percebe que **a força motriz para transferência da gestão de serviços de saúde, por meio de contrato de gestão, é o princípio da eficiência, estando sujeita à opção discricionária do gestor público em manter a prestação do serviço de força direta ou indireta, por meio do fomento.** Veja:

*(...), o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, **preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios**, dada a agilidade e flexibilidade que dominam o regime de direito privado.*

¹ Segundo Lins, “a reforma gerencial efetuada no Brasil a partir do ano de 1995 pretendia atingir seus objetivos por meio de uma atuação conjunta em duas frentes: por um lado, pela realização de medidas de controle fiscal e redução dos gastos públicos com o aparelhamento burocrático; por outro lado, pela promoção de uma mudança institucional, criando uma estrutura voltada à gestão por resultados (REZENDE, 2002).” (Lins, Bernardo Wildi. Organizações Sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.)

(...) a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.

No entanto, o que se percebe é que, no âmbito estadual, o processo de celebração do contrato de gestão, geralmente, não contém elementos que nos permitam concluir que a transferência (ou a manutenção) da gestão dos hospitais públicos, por meio do contrato de gestão, teve como parâmetro indicativos de eficiência, ou que tenha levado em consideração orçamento estimativo elaborado pela Administração Pública.

Quanto ao princípio da eficiência, Bernardo Wildi Lins ensina que “*parece seguro dizer que muito mais do que uma mera noção de custo-benefício, o princípio da eficiência administrativa parece instituir a obrigação de a Administração Pública tomar todas as medidas possíveis para melhor executar os seus desígnios. Isto, em última análise, importa em satisfazer o interesse público e garantir a observância dos direitos fundamentais da coletividade*”².

O mesmo autor ainda diz que o princípio da eficiência é multifacetado e envolve, para o alcance do interesse público da melhor maneira possível, a observância dos princípios da eficácia, da economicidade, da boa administração e da legalidade:

Demais disso, entende-se que o significado da eficiência administrativa é abrangente, incluindo, ainda, o conceito de “eficácia”. Irene Nohara explica que enquanto “eficiência” costuma ser o termo utilizado para referir ao emprego adequado dos meios para o alcance dos resultados, “eficácia”, por sua vez, é costumeiramente empregado para designar o alcance dos resultados propriamente ditos (NOHARA, 2012). O Conteúdo do princípio da eficiência administrativa parece abranger a esses dois significados. É daí que vem a “pluridimensionalidade” do princípio, referida por Paulo Modesto. Para o autor, o preceito incide tanto da “dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios”, quanto na da “satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública” (MODESTO, 2001^a, p. 44), que impõe a obrigação de obtenção de resultados satisfatórios no agir da Administração Pública. Diante dessas características, o autor relaciona, ainda, o princípio da eficiência com os princípios da boa administração pública e da economicidade.

(...) Para Emerson Gabardo, o contorno jurídico do princípio da eficiência é anda mais extenso, incluindo, igualmente, o conceito de efetividade e outros mais”. Para o autor, “parece claro que englobam a eficiência vários outros conceitos afins, tais

² Lins, Bernardo Wildi. Organizações Sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade” (GABARDO, 2012, P. 342).

Assim, o princípio da eficiência administrativa, na sua dimensão material, parece configurar um mandamento de otimização com vistas a garantir que o administrador gerencie a coisa pública da melhor forma possível, de forma abrangente, observando valores de eficiência, efetividade, eficácia, racionalização, dentre outros, sempre objetivando a satisfação do interesse público e a promoção dos direitos fundamentais.

Afora essa acepção material, crê-se que o princípio da eficiência administrativa conta, ainda, com uma faceta instrumental. Com esse sentido, o preceito serve de suporte para que a atividade da Administração Pública observe às normas norteadoras da sua atuação. É que, conforme bem apontado por Bucci, a palavra eficiência conota uma noção de proporcionalidade entre fins e meios. Assim, uma atuação eficiente da Administração Pública deve também conciliar, da melhor maneira possível, o atendimento às demais regras e princípios norteadoras da atividade administrativa com a satisfação ao interesse público (BUCCI, 2006).³

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes conceitua o referido princípio da seguinte forma:

*[...] princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir maior rentabilidade social.*⁴

Assim, ainda que a opção pela transferência da gestão operacional das unidades de saúde ao terceiro setor seja discricionária, tal conduta, em homenagem ao princípio da eficiência, deve observar o princípio da motivação. Isso, a nosso ver, se revela indispensável nos atos administrativos discricionários, a fim de evitar subjetivismos⁵ e garantir a transparência

³ Lins, Bernardo Wildi. Organizações Sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

⁴ MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. In: Figueiredo, Carlos Maurício; Nóbrega, Marcos (Orgs.). Administração Pública: direito administrativo, financeiro e gestão Pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

⁵ Segundo José dos Santos Carvalho Filho: “Trava-se grande discussão a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação nos atos administrativos. Alguns estudiosos entendem que é obrigatória; outros, que a obrigatoriedade se circunscreve apenas aos atos vinculados. Pensamos, todavia, diferentemente. Como a lei já predetermina todos os elementos do ato vinculado, o exame de legalidade consistirá apenas no confronto do motivo do ato com o motivo legal. Nos atos discricionários, ao revés, sempre poderá haver algum subjetivismo e, desse modo, mais necessária é a motivação nesses atos para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa. Registre-se, ainda, que autorizada doutrina considera indispensável a motivação também nos atos vinculados” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.)

e a moralidade (art. 37, caput, da CRFB), bem como o controle a que todos os atos estão sujeitos (art. 5º, XXXV, da CRFB, e, quando cabível, o art. 71 da CRFB), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB), pois apenas expondo-se as razões de fato e de direito, que levaram à atuação do administrador, é que tais normas podem ser preservadas.

Mas, independentemente da discussão que gira em torno da obrigatoriedade da motivação (ou não) de todos os atos administrativos discricionários, é certo que o dever de motivação da opção pela citada transferência da gestão operacional está abrangida pelas disposições contidas no art. 50, I e II, da Lei nº 9.784/99⁶, cuja aplicação aos Estados é admitida por interpretação da Súmula nº 633 do STJ⁷ (na época em que não havia legislação local), bem como, atualmente, nos artigos 2º e 62, I e II, da Lei Estadual nº 8.972/2020, a seguir:

Art. 3º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade, finalidade, motivação, cooperação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, duração razoável do processo, supremacia e indisponibilidade do interesse público.

*Art. 62. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos, dos fundamentos jurídicos e atos probatórios, **especialmente quando:***

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (grifos nossos)

Nesse ponto, oportuno citar que a Lei Estadual nº 8.972/2020, ao expor adotar o termo “*especialmente*”, no *caput* do art. 62, ratifica a natureza meramente exemplificativa do rol subsequente e garante o dever de observância do princípio da motivação em todos os atos administrativos (art. 3º da citada Lei estadual). Não poderia ser diferente, portanto, as decisões que importem em transferência de um encargo tal relevante para a sociedade, como a gestão

⁶ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções

⁷ **Súmula 633 do STJ:** “A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.”

operacional de unidades hospitalares, mediante fomento, devendo ser explicitado se, de fato, é a melhor solução a ser adotada (ou mantida), sob a perspectiva da eficiência.

Isso se coaduna, inclusive, com o art. 20 da LINDB, cujo artigo foi incluído pela Lei 13.655/2018, o qual prevê que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. No seu parágrafo único consta, inclusive, que “**a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**.”

Outro fator que deve ser levado em consideração é que, segundo o que restou decidido na ADI 1923/DF, os contratos de gestão possuem natureza de convênio. E, como tal, deve observar, no que couber, as normas de Lei nº 8.666/93, de acordo com o art. 116 do mesmo diploma legal⁸. Diante disso, podemos citar a necessidade de cumprir o art. 7º, §2º, II, e art. 8º da Lei nº 8.666/93, segundo os quais, respectivamente, os serviços somente poderão ser licitados quando “existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários” e a execução de serviços “deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos os seus custos atual e final e considerados os prazos para a sua execução”.

Inclusive, nesse contexto de observância do princípio da eficiência, da motivação e das normas da Lei nº 8666/93 (orçamento e planejamento), é que o TCU definiu que a transferência de gestão dos serviços de saúde para as Organizações Sociais devem ser antecedidas de estudo detalhado que demonstrem ser a transferência da gestão a melhor opção, além da avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência

⁸ Ainda segundo Bernardo Wildi Lins, “trata-se de uma categoria autônoma, que não se identifica completamente nem com os contratos administrativos comuns, apesar de possuir natureza contratual e ser regido predominantemente por normas de direito públicos, nem com os convênios. Apesar disso, reúne características dessas suas espécies de avenças. Inclusive, entende-se que a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente, no que couber, sobre essas avenças.” (Lins, Bernardo Wildi. Organizações Sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 162)

esperados, bem assim de planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão, nos termos do acórdão nº 3.239/2013, a seguir transcrito:

A transferência do gerenciamento de serviços de saúde para organizações sociais deve estar fundamentada em estudo detalhado que demonstre ser essa a melhor opção, além de exigir avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim de planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão, elementos que devem compor o respectivo processo administrativo. (Acórdão 3239/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Com isso, se faz necessária a atuação deste *Parquet* de Contas, nos processos submetidos à sua análise, no exercício da função de *custos legis*, âmbito de suas competências, opinar no sentido que a SESPÁ deve incluir, nos processos de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para Organizações Sociais, estudo detalhado que contemple: a) fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para Organizações Sociais mostra-se a melhor opção; b) avaliação precisa dos custos do serviço e ganhos de eficiência esperados da OS; e c) planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão.

Assim sendo, e de modo a sintetizar toda sorte de argumentos lançados, propomos o seguinte Enunciado Ministerial: “Nos processos que envolvam a transferência da gestão operacional de unidades de saúde para Organizações Sociais, mediante contrato de gestão, o Ministério Público de Contas do Estado do Pará - MPC/PA opinará pela configuração de ato ilegal e ilegítimo no caso de ausência de estudo detalhado que contemple: a) fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para Organizações Sociais mostra-se a melhor opção; b) avaliação precisa dos custos do serviço e ganhos de eficiência esperados da OS; e c) planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão”.

É o enunciado que propomos como sintetizador da postura ministerial.

Belém, 12 de novembro de 2021.

Ministério Público de Contas do Estado do Pará
Av. Nazaré, 766. Bairro Nazaré, Belém – Pará, CEP 66035-145.
Telefone: (91) 3241-6555.
E-mail: mpc.pa@mpc.pa.gov.br



Danielle Fátima Pereira da Costa
Procuradora de Contas

Deila Barbosa Maia
Procuradora de Contas

Ministério Público de Contas do Estado do Pará
Av. Nazaré, 766. Bairro Nazaré, Belém – Pará, CEP 66035-145.
Telefone: (91) 3241-6555.
E-mail: mpc.pa@mpc.pa.gov.br