

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS  
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Ana Helena Scalco Corazza

**OS CONTRATOS DE GESTÃO E OS TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS  
ENTRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE  
CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E OS MUNICÍPIOS PARA A EXECUÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: REFLEXÕES E PROPOSTAS À LUZ DA  
TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Santa Cruz do Sul

2017

Ana Helena Scalco Corazza

**OS CONTRATOS DE GESTÃO E OS TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS  
ENTRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE  
CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E OS MUNICÍPIOS PARA A EXECUÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: REFLEXÕES E PROPOSTAS À LUZ DA  
TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

Santa Cruz do Sul

2017

C788c

Corazza, Ana Helena Scalco

Os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público e os municípios para a execução de serviços públicos de saúde : reflexões e propostas à luz da teoria da ação comunicativa / Ana Helena Scalco Corazza. – 2017.

204 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

1. Saúde pública. 2. Serviços de saúde. 3. Acesso aos serviços de saúde. 4. Sociedade civil. I. Reck, Janriê Rodrigues. II. Título.

CDD: 362.1

---

Bibliotecária responsável: Jorcenita Alves Vieira - CRB 10/1319

Ana Helena Scalco Corazza

**OS CONTRATOS DE GESTÃO E OS TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS  
ENTRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE  
CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E OS MUNICÍPIOS PARA A EXECUÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: REFLEXÕES E PROPOSTAS À LUZ DA  
TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

*Dr. Janriê Rodrigues Reck*  
Professor orientador – UNISC

*Dra. Caroline Muller Bitencourt*  
Professor examinador – UNISC

*Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier*  
Professor examinador – UNIBRASIL

Santa Cruz do Sul  
2017

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos seguem uma ordem porque só assim são passíveis de inteligibilidade. Se dependesse de mim, estariam todas essas letras misturadas, assim como se passa em minha alma que se emociona ao conceber esse espaço. Um momento de catarse em meio a um mar de tecnicidade e racionalização.

Agradeço aos meus pais Álvaro e Thaís e à Lidiana, pelo porto seguro, pelo amor puro e pela silenciosa compreensão da distância. Os caminhos, a forma de ser, de agir e as escolhas de cada um, separadamente, nos parecem, muitas vezes, um campo devastado pela insensatez. Mas aí reside a mais genuína forma de afeto, aceitação e apoio, que permite que nos olhemos com a serenidade de que tudo está certo como está, porque não existe trilho errado, existe carinho, autenticidade e a alegria de compartilhar a vida, “apesar dos pesares”. A vocês eu dedico esse trabalho e tudo o que de menos egóico eu tenha feito e venha a fazer nessa vida.

À Caro, Prof<sup>a</sup>. Dra. Caroline Müller Bitencourt. Como muito já expressei em palavras a minha admiração e gratidão por ti, e como nunca palavras serão suficientes (por mais que eu as escolha por anos e as utilize em exagero), ousou transcrever alguém de quem muitos gostas e que tudo diz nesse momento: “Se eu pudesse lhe dar alguma coisa na vida, eu lhe daria a capacidade de ver a si mesmo através dos meus olhos. Só então você perceberia como é especial para mim” Frida Kahlo.

Ao meu orientador, Prof<sup>o</sup>. Dr. Janriê Rodrigues Reck, pela sempre agradável convivência, por ser precursor junto a minha tentativa ainda tão primitiva de “sair da ignorância” e adentrar no fantástico mundo da filosofia do direito, permitindo-me contemplar suas belas explicações sobre os serviços públicos e a insanidade do mundo!

À Jonas eu digo, por quantas vidas eu viver, em todas tu terás minha gratidão. O teu auxílio propiciou o meu ingresso nesse Programa e, ainda que não a minha permanência nele, certamente o teu apoio incondicional é que está me fazendo concluir, mesmo que um tanto despedaçada, esse percurso. Teu senso de alteridade e a fluidez com que fizeste a sinergia entre filosofia e prática do controle, me encantam. Queria um pouco de ti em mim, eu seria um ser humano melhor.

Aos amigos de alma madura, de sabedoria infundável, de paciência hercúlea e que com a doçura de um favo de mel me seguraram, incentivaram e “pegaram pesado” muitas e muitas vezes, eu agradeço com muito espumante: Fernanda Hamester, Márcia Raquel Paiva e Holanda, Cristiane Silva e João Felipe Lehmen.

Agradeço ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em especial aos Diretores da Escola de Controle e Fiscalização (período de final de 2015 até final de 2017), pelo apoio institucional para a frequência às aulas do mestrado, bem como aos Chefes imediatos e colegas que acompanharam de perto meus estudos superiores sempre com muito respeito e estima de que tudo ocorresse de forma a expressar também algumas de suas inquietações em relação ao controle externo.

Por fim, agradeço a mim, que apesar dos planos de fazer um trabalho primoroso, da ilusão de manter o equilíbrio emocional e da utopia de que sairia intacta desse processo todo, me peguei pela mão, mais uma vez, e me trouxe à margem sã e salva. Desconstruída, porém ciente de que as escolhas intuitivas fracassam, assim como as racionais, portanto, resignada em apenas aceitar que tudo é um risco.

## RESUMO

A prestação dos serviços de saúde pública por entidades como organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público é uma realidade expressiva nos municípios gaúchos. Essa pesquisa analisa esse panorama tendo como recorte alguns trabalhos de auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Para isso, adota a matriz teórica da Teoria da Ação Comunicativa, a partir da qual as ações dos agentes envolvidos e seus discursos são analisados pelas categorias habermasianas. Partindo-se da ideia propositiva de que os instrumentos jurídicos firmados entre os Executivos municipais e organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público para a prestação dos serviços públicos de saúde, a partir dos trabalhos de fiscalização do TCERS, não se constituem em instrumentos comunicativos aptos a coordenar os planos de ação dos atores envolvidos para a formação de consensos e não permitem, ademais, a atuação efetiva do controle externo sobre esses vínculos, questiona-se: de que forma, a partir de então, podem ser considerados como opção mais vantajosa, em termos de legitimidade e economicidade, à gestão municipal e à sociedade? Considerando a proposição feita, a hipótese apresentada é a de que incrementos em termos de plano de ação do setor público repassador (incorporação pelos municípios do seu efetivo papel de fiscal da execução dos repasses feitos a OS e oscips e dos resultados daí advindos), das entidades não estatais (cuja cultura do sigilo e de diminuta prestação de contas está descasada das práticas de *compliance*, integridade, transparência e ética nas relações de gestão de recursos públicos) e do controle externo (enquanto instituição competente para fiscalizar a regular aplicação dos dinheiros públicos), podem resultar na formação de consensos mais racionais, legítimos e austeros. A pesquisa é qualitativa e parte do método hipotético-dedutivo. No que tange aos métodos de pesquisa, os principais serão o bibliográfico somado ao estudo de caso (para descobrir o que havia de mais essencial sobre o tema de pesquisa nos trabalhos de auditoria analisados). As técnicas de pesquisa constituirão na consulta a fontes primárias e secundárias e notadamente nos trabalhos técnicos auditoriais e decisões do TCERS. Ao cabo, a fim de trazer luzes ao problema proposto e tendo como panorama as amostras analisadas no último capítulo – e as fragilidades em termos discursivos que os instrumentos jurídicos analisados puderam revelar – apontam-se propostas sugestivas a partir das quais as parcerias aqui analisadas poderiam ser consideradas mais benéficas às partes e à sociedade, o que requer a construção de uma melhor coordenação da ação no âmbito do controle interno e externo da gestão local em saúde e a superação da cultura de sigilo e de opacidade nas prestações de contas pelo Terceiro Setor parceiro do Estado.

**Palavras-chave:** Discursos de aplicação. Organizações da sociedade civil de interesse público. Organizações sociais. Serviços municipais de saúde. Tribunais de Contas.

## ABSTRACT

Public health service providing by entities like social organisations and public interest non-governmental organisations is a dramatic reality in towns and cities in Rio Grande do Sul. This work aims to analyse this panorama drawing on some auditory works by the Court of Auditors in Rio Grande do Sul. From the proposition that juridical instruments established among city officers, social organisations and public interest non-governmental organisations are not communicative instruments able to organise plans of action of actors interested in agreement and do not allow for external control over these links. Then we wonder whether they can be considered the best option in terms of legitimacy and cost-effectiveness for the city management and the society. According to the proposition presented, the assumption is that furtherance in terms of the plan of action by the public sector (incorporation by the cities/towns of the real role of controller over the assignment of such services), of non-governmental organisations (whose culture of the secrecy and less work is not in tune with compliance, integrity, transparency, and ethics in the management of public resources), and of the external control (as an institution able to control the application of public money) may result in more reasonable, legitimate and stern agreements. The investigation is qualitative and uses the hypothetico-deductive method. As for the methods of investigation, the major are the bibliographic research and the case study (to find out what was essential about the investigation subject in the analysed works of auditing). Investigative techniques will be of primary and secondary sources and particularly in technical auditing works and TCERS decisions. After all, to enlighten the problem and having the samples analysed on the last chapter as a panorama — and weakness in discursive terms that the analysed juridical instruments could reveal — we provide suggestions from which partnerships here analysed could be considered beneficial for the parties and the society, which demands the construction of better organisation of the action in terms of internal and external control on the local management of health and overcoming the culture of secrecy and opacity in publicity of counts by the partner Third Sector of the State.

**Keywords:** Discourses of application. Public interest non-governmental organisations. Social organisations. Health city services. Courts of Auditors.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 - Instrumento jurídico firmado	132
Figura 02 - Insuficiências nos engates do plano de ação da parceira privada	133
Figura 03 - Proposta de disponibilização de profissionais por parte da parceira privada para a execução convenial	137
Figura 04 - Proposta de disponibilização de profissionais por parte da parceira privada para a execução convenial	143
Figura 05 - Da fragilidade do controle da gestão municipal sobre a execução convenial	145
Figura 06 - Da diminuta incidência do controle pelo Ente repassador	147
Figura 07 - Da ausência de coordenação dos planos de ação nos consensos do Ente Público	148
Figura 08 - Da proposta de disponibilização de profissionais para atuar no âmbito do objeto do ajuste	150
Figura 09 - Trocas intersubjetivas	155
Figura 10 - Das fragilidades em âmbito de gestão convenial	157
Figura 11 - Discurso de adequabilidade	158
Figura 12 - Das insuficiências discursivas nas prestações de contas	160
Figura 13 - O consenso acerca do objeto global da parceria	166
Figura 14 - A proposta de disponibilização de profissionais pela entidade	167
Gráfico 01 - Consórcios de Municípios	159
Gráfico 02 - Prestações de contas	161
Gráfico 03 - A contratação de bens e serviços com terceiros pela entidade	162
Gráfico 04 - Os discursos de adequação conclusivos da equipe técnica	164

## LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Transferências federais ao Fundo Municipal de Saúde de POA	69
Tabela 02 - Despesa liquidada com o Credor Fundação Araucária	135
Tabela 03 - Síntese dos profissionais cooptados (competência)	150
Tabela 04 - Síntese dos profissionais cooptados (cargo e/ou função)	151
Tabela 05 - Da visão global do enlace dos planos de ação	159

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>O TERCEIRO SETOR E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES ACERCA DAS POSSIBILIDADES DE INGERÊNCIA EM ÂMBITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE .....</b>	<b>18</b>
2.1	Breve digressão histórica sobre a Administração Pública republicana no Brasil e a sua concepção pós redemocratização como forma de entender a mentalidade da (des)publicização estatal e a pretensa ideia de subsidiariedade.....	18
2.2	A institucionalização do Sistema Único de Saúde-SUS pela Constituição Federal de 1988, as competências municipais e a esfera de complementariedade: o âmbito de inserção do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos locais de saúde.....	49
<b>3</b>	<b>A RACIONALIDADE DA AÇÃO COMUNICATIVA E A FISCALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FIRMADOS ENTRE OS EXECUTIVOS MUNICIPAIS E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCI-IDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: O QUE SE PERDE EM TERMOS DE AFASTAMENTO DE REGIME JURÍDICO PÚBLICO? .....</b>	<b>81</b>
3.1	O Direito como coordenador de ação e estabilizador de cosmovisões em âmbito de escolhas públicas: os (frágeis) fundamentos discursivos relativos às parcerias Estado com o Terceiro Setor: a escolha “fácil” como ação pública .....	82
3.2	Os discursos que fundamentam o controle externo e a ação deste em face de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público “parceiras” do Estado social: a comunicação sobre a comunicação	109
<b>4</b>	<b>A COGESTÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SAÚDE À LUZ DOS JUÍZOS DE APLICAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DE CASOS CONCRETOS E A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS CONTORNOS DISCURSIVOS APTOS A COORDENAR OS PLANOS DE AÇÃO DO EXECUTIVO MUNICIPAL, DO SETOR PÚBLICO NÃO ESTATAL E DO CONTROLE EXTERNO.....</b>	<b>130</b>
4.1	Os juízos de adequação dos Auditores e do Conselho no âmbito do relatório de auditoria e das decisões administrativas proferidas pelo TCERS e a identificação de indícios que confirmam a proposição levantada na pesquisa .....	131
4.2	Da resposta ao problema: a construção de novos contornos discursivos aptos a coordenar os planos de ação do Executivo Municipal, do setor público não estatal e do controle externo em aderência ao nível de evolução moral de dada comunidade .....	173
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>189</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>195</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A institucionalização do Sistema Único de Saúde-SUS pela Constituição Federal revelou um processo de maturação em termos de reivindicação social e de mudança de paradigma relativamente à prestação do direito à saúde em âmbito pátrio eis que a efetivação desse passou a ser dever do Estado brasileiro, a ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas. A sistematização do SUS conta com uma gama de princípios que lhe dão uma feição única, dentre os quais as repartições de competências entre as três esferas da federação.

Os Municípios, nessa toada, têm atribuição de disponibilizar a primeira e principal forma de acesso de qualquer cidadão ao SUS. São responsáveis pela denominada atenção primária em saúde e, para tanto, além de investirem recursos próprios e mínimos, ao teor da normatização relativa ao financiamento da saúde (matéria nevrálgica, como se verá), percebem recursos eminentemente federais e também estaduais. Ainda assim, é de notório conhecimento que sobre esses Entes pesa hoje o ônus fiscal acerca da garantia do direito à saúde, aliada aos problemas de gerência e execução das políticas públicas afetas, que vão desde a ausência de médicos, infraestrutura diminuta até à intensa judicialização.

Ocorre que assentar um sistema de saúde universalizado não é tarefa rápida, de sorte que as Leis que lhe foram dando forma, relativamente a sua estruturação de competências e inclusive quanto a sua forma de financiamento, foram editadas nos exercícios seguintes à edição constitucional. Daí que todo esse aparato teve de se relacionar com as reformas na administração pública brasileira, a partir de meados da década de 90. O ambiente de caos inflacionário e o endividamento público do país na década anterior deram fôlego à reforma, que foi identificada com as ideias contidas no Plano Diretor da Reforma do Estado, a partir de influências de políticas externas simpáticas a uma concepção de redução de Estado na atuação social, de limitação de gastos com pessoal e de uma administração pautada pelo princípio da eficiência e pelo controle finalístico.

O fortalecimento das entidades do chamado Terceiro Setor e a atuação deste em áreas de franco interesse público, são expressão desse momento de abertura da gestão pública pátria às ideias de flexibilização administrativa. É realidade posta hoje que organizações não governamentais, ao estabelecerem parcerias com os Entes públicos, percebem vultosa gama de recursos e sobre eles tem ingerência total. É

realidade posta também, que o principal fiscal dos recursos repassados, o Poder Executivo de cada esfera federativa, não exerce controle efetivo sobre a aplicação desse montante, de sorte que polêmicas e acusações relativas à malversação do dinheiro público decorrente desses vínculos não são nenhuma novidade. Essa, no entanto, é uma realidade que poderia ser distinta, já que hoje crescem instrumentos aptos a atuar em prol da transparência institucional, tanto no setor público, como no privado, do que parece que a questão que subjaz esse panorama relaciona-se com a ainda presente mentalidade do sigilo e da subjetividade no trato da coisa pública.

Os Tribunais de Contas, instituições tipicamente republicanas, que se fortaleceram com o marco constitucional, são responsáveis pelo controle externo da administração pública. Ainda que existindo dicção constitucional lúcida acerca da competência dessas Cortes em julgar as contas de todos aqueles que gerenciam recursos públicos, sob aspectos muitos amplos albergados pelos signos da efetividade, eficácia e eficiência, há uma franca tendência de parte da doutrina e inclusive do Supremo Tribunal Federal em reduzir o alcance dessa atuação ou sobre ela fazer incidir o cânone do controle por resultados, entendimento esse que, de pronto, ousa-se afastar nessa pesquisa, como se verá no último capítulo.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul-TCERS, a partir de seu corpo de auditores e seu Conselho, há muitos anos se preocupa com a temática que envolve Terceiro Setor, prestação de serviços públicos de saúde e os municípios sob sua jurisdição, eis que o controle orçamentário, contábil, financeiro e, mais atualmente, de políticas públicas junto aos municípios, incide sobre os repasses mensais dos Entes a entidades como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Equalizar o interesse público em meio a esse panorama não é tarefa fácil e exige, tão logo, uma postura que não esteja alinhada a qualquer forma de redução da realidade a partir de ideologias. Esse imbróglio, em suma, revela a verdadeira fonte da presente pesquisa.

O estudo a seguir terá como matriz teórica a Teoria da Ação Comunicativa, através da qual as ações dos agentes envolvidos e seus discursos são analisados pelas categorias habermasianas relativas à busca de consensos e racionalidade a partir das trocas intersubjetivas não coartadas e sinceras. É que a adoção dessa matriz, ao trazer ainda mais complexidade ao tema, permite que novas associações mentais sejam construídas e estabelece qual o critério de razão a ser perseguido pelo estudo, eis que a busca pela emancipação intelectual necessita invariavelmente

do distanciamento do senso comum teórico interessado em problemas imediatos e aproxima-se de uma observação peculiar da realidade e do próprio Direito enquanto construção argumentativa. A racionalidade discursiva, sinteticamente, toca com a possibilidade de formar de consensos e coordenar ações, a partir dos proferimentos intersubjetivos, tendo como fundo as práticas sociais cotidianas.

Parece indicada, ainda, uma inteleção nesse momento introdutório acerca dos pressupostos que são próprios do estudo que irá se expor na sequência. Um deles é que, a despeito das alterações em termos de concepção de administração pública brasileira que sobrevieram a partir da reforma gerencial, faz-se aqui uma leitura democrática e inclusiva da noção serviço público enquanto atividade material, em plena aderência à dogmática constitucional e à ideia de máxima efetividade dos direitos sociais. O outro pressuposto assume que o primeiro só se mostra factível através do reconhecimento de um regime jurídico de direito público como instrumento de alcance dos fins do Estado Social.

Em face dessa síntese, a pesquisa parte da ideia de que os instrumentos jurídicos firmados entre os Executivos municipais e organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público para a prestação dos serviços públicos de saúde, a partir dos trabalhos de fiscalização do TCERS, não se constituem em instrumentos comunicativos aptos a coordenar os planos de ação dos atores envolvidos para a formação de consensos e não permitem, ademais, a atuação efetiva do controle externo sobre esses vínculos. Destarte, a partir da proposição exposta, o estudo intenta trazer luzes ao seguinte questionamento: de que forma essas parcerias poderiam se revelar como opção mais vantajosa, em termos de legitimidade e economicidade, à gestão municipal e à sociedade?

A hipótese aventada é a de que os vínculos acima verificados podem ser considerados opção mais vantajosa a partir do incremento dos planos de ação entre esfera pública (Ente e órgão controlador) e esfera privada (Terceiro Setor: OS e oscips). Essa coordenação intersubjetiva, destarte, se tornaria mais racional a partir das ideias assim sintetizadas: incorporação pelos municípios do seu efetivo papel de fiscal da execução dos repasses feitos a OS e oscips e dos resultados daí advindos (sem prescindir da adequada fundamentação dessa escolha pública), de introjeção de uma cultura de *compliance*, integridade, transparência e ética nas relações de gestão de recursos públicos pelos parceiros privados (o que repercute na superação do ambiente de sigilo e de prestações de contas não

fidedignas ou não informadas) e de possibilidade de atuação mais efetiva do controle externo (este enquanto instituição competente para fiscalizar a regular aplicação dos recursos públicos geridos por não estatais) e concatenada com as modificações ocorridas na administração pública a partir das reformas gerenciais e de inserção maciça do Terceiro Setor nos serviços de saúde. Assim, supõe-se que tais ajustes, a partir das propostas lançadas nesse estudo, poderiam constituir consensos mais racionais (atentando para os requisitos de uma verdadeira ação comunicativa), legítimos (porque comprovada o interesse público no repasse) e econômicos (dada a vinculação da execução dos repasses à regular prestação de contas).

Com base nesse escopo, o objetivo geral do presente estudo consiste em analisar, à luz da Teoria do Agir Comunicativo e da Teoria do Discurso, a partir de que ações e perspectivas podem os vínculos firmados pelos municípios gaúchos e as OS e oscips, para a execução de serviços públicos de competência municipal de saúde, serem considerados opções mais vantajosa em termos de legitimidade e economicidade, considerando a realidade revelada pelas amostras dos trabalhos de auditoria do TCERS. Os objetivos específicos, separados em três blocos, consistem em: a) contextualizar e identificar o conteúdo discursivo no ideal de (des)publicização estatal, notadamente após as reformas administrativas do final da década de 90, e os instrumentos de gestão pública daí decorrentes que hoje orientam a prestação dos serviços públicos sociais no Brasil; b) analisar como a matriz eleita permite a eleição de categorias que aprofundam a análise dos vínculos jurídicos entre Estado e Terceiro Setor e dos discursos que fundamentam a atuação do controle externo em face de privados parceiros do Estado c) identificar dos discursos de aplicação do TCERS, após, analisar criticamente os termos de parceria e os contratos de gestão, apontando, por fim, propostas de melhoria nos planos de ação dos Municípios, Terceiro Setor e Tribunais de Contas em face das insuficiências dos elementos discursivos que refletem em uma má gestão dos recursos públicos, quanto aos aspectos de legitimidade e economicidade – má gestão não facilmente detectada justamente pela incompletude discursiva dos instrumentos que estão à disposição do controle externo.

As diretrizes metodológicas dessa pesquisa se pautam no método hipotético-dedutivo, eis que em face da indisponibilidade de conhecimento suficiente para dar vazão a uma situação posta, surge a revelação de um problema. Assim, definida a

existência deste, como aqui ocorre, lançam-se hipóteses que necessitam de falseamento ou corroboração. A hipótese aqui aventada vai no sentido de que a transferência da gestão de serviços de saúde municipais ao terceiro setor não incorpora, em regra, os requisitos de uma racionalidade comunicativa.

A abordagem do problema se dará pelo desenvolvimento de uma pesquisa qualitativa com enfoque na interpretação do objeto e na busca e construção de uma pesquisa aplicada, interessada na geração de conhecimentos para inserção prática, deixando-se de utilizar apenas um estudo puro unicamente preocupado em alcançar importância para a ciência – ainda que indubitavelmente aqui se valia de inegáveis e imprescindíveis amparos teóricos.

No que tange aos métodos de pesquisa/procedimento os principais serão o bibliográfico – a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas sobre os temas que envolvem o estudo, por meios escritos e eletrônicos – somado ao estudo de caso – muito embora o estudo de caso não tenha constado no projeto de pesquisa, entende-se nesse momento que ao descrever a atuação do TCERS a partir da análise de alguns processos de auditoria, procurou-se descobrir o que havia neles de mais essencial e característico, ao mesmo tempo em que a pesquisadora não entrevistou sobre o objeto a ser estudado, procurando apenas revelá-lo tal como ela o percebe, de sorte a ser cabível esse procedimento. As técnicas de pesquisa constituirão na consulta a fontes primárias e secundárias, isso é, na legislação, na produção técnica, na doutrina (livros e revistas científicas) e notadamente nos trabalhos técnicos auditoriais do TCERS e decisões posteriores.

Diga-se que o presente consubstanciará um ideal perene e muito pessoal, no âmbito dos ainda modestos 6 (seis) anos de serviços público da pesquisadora: o de compreender a complexidade do cenário que pauta a execução de serviços públicos sociais como a saúde por privados, haja vista saltar aos olhos que em termos de recursos públicos envolvidos, disputas acerca de incidência de controle e observância do fenômeno a partir de reduções ideológicas, os paradoxos e perspectivas de análise são muitos.

Em termos sociais, a pesquisa se justifica, pois engloba, ainda que o seu enfoque principal não seja esse, muitos dos direitos fundamentais explícitos ou não no texto constitucional. Isso é, a pesquisa perpassa não apenas o direito à saúde e de acesso aos serviços públicos, mas, sobretudo, o direito que o cidadão tem de compartilhar de uma cultura de transparência no trato do que é de todos, ambiente

no qual informações, prestações de contas e vínculos sejam pautados por critérios objetivos e mensuráveis. É, em suma, o direito fundamental a um governo probo, alinhado com as instituições que o compõe para fins de controle.

Também, as averiguações a serem realizadas pela pesquisadora suscitam questões teóricas, no âmbito do Direito Administrativo, Constitucional, e da Filosofia, de forma a revelar a importância da pesquisa para o Direito. Parte-se da sobriedade do texto constitucional e das mudanças de cenário em termos de gerenciamento e execução de serviços públicos para, a partir do paradigma filosófico da linguagem, acessar o conhecimento trazido pelo órgão de controle externo gaúcho e assim traçar um caminho válido de conhecimento jurídico

A pesquisa se pretende alinhada com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista pretender, em última análise, encontrar respostas aos novos paradigmas da administração pública, em consonância com a sua matriz constitucional relativa aos serviços públicos e ao SUS e envolta às exigências advindas de uma sociedade plural e complexa. Por fim, a pesquisa se identifica com o escopo de estudo do Professor orientador, no sentido de compreender os fundamentos constitucionais dos serviços públicos a partir de uma perspectiva reconstrutivista do Direito e liberta de coerções, o que se realiza com o instrumental da matriz teórica da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas.

A presente pesquisa divide-se em três capítulos separados, cada um, em duas partes. Inclui também esta parte introdutória, que contempla as motivações da pesquisa e ao cabo do desenvolvimento são esboçadas considerações finais.

O primeiro capítulo abordará uma digressão histórica necessária para que se chegue à noção contemporânea de Administração Pública, a partir da instauração republicana no país. No mesmo sentido, impõem-se, para a compreensão do direito à saúde como posto no texto constitucional, que esta posição jurídica seja analisada sob a ótica de sua prestação, ou não, pelo Estado ao longo da história do país. Desta feita, demonstrar-se-á a concepção de administração pública que ganhou ênfase a partir da segunda metade da década de 90 e que favoreceu a inserção do chamado Terceiro Setor no âmbito dos serviços públicos.

No segundo capítulo intenta-se demonstrar a relevância da matriz pragmático-linguística para uma compreensão mais complexa do panorama exposto e para a

observância dos casos concretos a serem verificados no capítulo seguinte, a partir da interação entre matriz e processos vivenciais. Aqui, também serão lançadas diretrizes gerais acerca da atuação do controle externo sobre o terceiro setor parceiro do Estado e sobre como o TCERS enfrenta, em termos gerais, a ideia de entidades privadas gerenciarem e executarem serviços públicos de saúde junto aos municípios a partir da ideia de complementariedade.

No terceiro capítulo, a partir da análise de, em regra, cinco processos que tramitam ou tramitaram junto ao TCERS, buscar-se-á identificar e analisar os argumentos que compõem os seus discursos, tanto em âmbito de relatório de auditoria como nas decisões, para fins de ratificar a parte propositiva que antecede o problema. A verificação dos achados não se dará de forma cartesianamente igual nos casos e a opção por uma análise livre dos trabalhos da Corte é justificada como forma de melhor absorver as contribuições intelectivas de cada expediente selecionado na formação das conclusões a serem apresentadas ao cabo. A ousadia eventualmente presente nessa dissertação residirá, por fim, na resposta fornecida ao problema de pesquisa, a partir da proposta de sugestões ao tema abordado carreadas na última parte desse capítulo, as quais buscarão retratar algumas das inquietudes que surgiram na pesquisadora durante esses dois anos de reflexões.

## **2 O TERCEIRO SETOR E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO<sup>1</sup>: REFLEXÕES ACERCA DAS POSSIBILIDADES DE INGERÊNCIA EM ÂMBITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

O Direito Administrativo, como disciplina jurídica autônoma é sistematizado por princípios e regras que lhe dão identidade em face dos demais ramos da ciência jurídica. Os pressupostos dessa disciplina, isso é, os postulados que lhe dão coerência e unidade, redundam no que se chama de regime jurídico-administrativo, o qual “resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individual singularidade” (MELLO, 2010, p. 55).

É com esse fundo que a leitura aqui proposta visa analisar a inserção do terceiro setor no âmbito da prestação dos serviços públicos de saúde municipais – o que se intensificou a partir da concepção do Estado gestada pela reforma gerencial, que respalda o afastamento da aplicação das regras e princípios do direito administrativo nas ações estatais –, bem como descortinar a mentalidade que subjaz à massiva aderência dessas entidades no campo dos serviços públicos referidos, além de equacionar essa realidade com o texto constitucional posto, o qual sistematizou uma rede de atendimento à saúde pública com vistas à universalidade de atendimento.

### **2.1 Breve digressão histórica sobre a Administração Pública republicana no Brasil e a sua concepção pós redemocratização como forma de entender a mentalidade da (des)publicização estatal e a pretensa ideia de subsidiariedade**

A concepção do atual Estado brasileiro começou há pouco mais de cinco séculos, ainda que essa não fosse a intenção das caravelas portuguesas, quando em março de 1500, partiram de Lisboa. A chegada ao território hoje brasileiro foi registrada pelo então escrivão Pero Vaz de Caminha em um de seus testemunhos do descobrimento, documento considerado a certidão de nascimento do Brasil. Segundo os historiadores, a partir de 1530 iniciou-se efetivamente o processo de

---

<sup>1</sup> A expressão Estado Social de Direito é utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 50).

colonização do Brasil, o que se deu notadamente a partir da criação das capitanias hereditárias, seguindo os mesmos moldes dos domínios feudais europeus da época.

Transcorrido o período colonial, Registra Ohlweiler (2017) que a elevação do Brasil, em 1818, à Reino Unido de Portugal e Algarve, possibilitou, de maneira paulatina, a abolição de velhas engrenagens da administração colonial. Por meio de Decreto de 22 de abril de 1821 foram conferidos amplos poderes à D. Pedro I em relação à administração do Império, situação que é alterada pela declaração das Cortes de Lisboa de 24 de abril, estabelecendo que os governos provinciais do Brasil seriam independentes do Rio de Janeiro e sujeitos aos tribunais portugueses.

Em decorrência disso e da consecutória crise política que eclode entre Brasil e Portugal, em 1822, D. Pedro I proclama a independência do Brasil, inaugurando o período imperial. Souza Neto e Sarmento (2016), apontam que o processo de independência no Brasil foi distinto dos ocorridos em outros países da América Latina, já que aqui a independência manteve a unidade nacional, adotando a monarquia e preservando o poder na mesma dinastia.

Cumprir sinalizar que em março de 1824 entrou em vigor a Constituição do Império, com nítida influência da Constituição francesa de 1814. Previa a forma de governo de monarquia hereditária e detinha traços liberais ao revelar a garantia de direitos individuais e a adoção do sistema de separação de poderes (com o acréscimo do Poder Moderador, lhe conferindo um viés semiabsolutista, dada a ausência de responsabilização de qualquer natureza ao monarca); adotou um modelo censitário de direitos políticos.

No período, as relações públicas denotavam uma acentuada imbricação entre estrutura administrativa da Igreja e do Estado, sendo os impostos arrecadados mediante contrato de caráter privado e os registros em geral de competência da primeira. A independência do país, em 1822, e a outorga da Constituição Imperial não produziram alterações perceptíveis nessa realidade, de sorte que “em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista jurídico formal, os brasileiros eram os mesmos” (GABARDO, 2009, p. 76).

Cumprir referir que a adoção de um pensamento liberal, importado das concepções francesa e americana pós-revolucionárias, não resultou na consolidação de um sistema administrativo efetivo no país, consecutório de uma possível justiça administrativa. Em verdade, a existência de uma profunda desigualdade social

permitiu que grupos de elite mantivessem intactos seus interesses e, assim, o *status quo* da estrutura de produção e da sociedade.

Já a derrubada da Monarquia, em 15 de novembro de 1889, inaugurou no Brasil a República federalista, suprimindo o Poder Moderador e instituindo o sistema presidencialista, ainda que através de um golpe militar. Oficializada pela Constituição promulgada de fevereiro de 1891, que substituiu a Constituição de 1824, a República brasileira passou a ser denominada de “Estados Unidos do Brazil”. A institucionalização do sistema de governo teve franca inspiração no modelo norte americano por influência de Ruy Barbosa, jurista baiano que revisou o anteprojeto da Constituição e era conhecido por sua profunda ligação com o sistema norte-americano.

Conforme Schier (2017, p. 61), após quatrocentos anos da chegada dos portugueses ao Brasil, a Proclamação da República não se efetivou como um verdadeiro manifesto popular contra o Império e contra as oligarquias políticas e econômicas, mas sim um golpe de Estado sem participação popular cujo norte central foi exatamente o de preservação de privilégios:

De um lado a luta pela afirmação/manutenção de privilégios corporativos dos militares. Mas também, por outro lado e mais importante, a luta pela manutenção dos privilégios das elites agrárias que alavancavam a economia nacional e demandavam um novo sistema de direito e de estado. Tanto isso é verdade que o período da República Velha é conhecido como República das Oligarquias. (SCHIER, 2017, p. 61).

Ou seja, a proclamação da República, de inequívoca orientação militar, sob a chefia de Deodoro da Fonseca, foi em um movimento que muito pouco contou com participação popular e fora conduzido pelo exército. Deu-se através do Decreto nº 1, instituindo o governo provisório, chefiado por Deodoro e integrado por militares e civis. Este Decreto definiu o caráter republicano e federal do Estado e atribui às províncias a condição de Estados federais. Registra-se que “em 7 de novembro fora criado o Tribunal de Contas para o controle das despesas públicas”, instituição, portanto, tipicamente republicana (OHLWEILER, 2017, p. 87):

A Administração Pública da república, portanto, também sofreu o impacto de algumas mudanças de paradigma por força da república, um modo de administrar fundado no pensamento teórico de alguns liberais, identificando-se com o sistema dos Estados Unidos, mas também não ficou imune [...] (a) o positivismo de origem francesa, determinando uma política de caráter

reformista não democrático, *hobbesiano* e (b) o liberalismo presente no discurso dos bacharéis, como Ruy Barbosa (Op. cit., 2017, p. 87).

Em suma, “a Constituição de 1891 era a incorporação, em texto legal, do liberalismo republicano e moderado que havia se desenvolvido nos EUA”, ou melhor “importaram-se dos Estados Unidos as instituições e os valores do liberalismo para uma sociedade que nada tinha de liberal: o exemplo acabado do ‘idealismo na Constituição’” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 110).

Após a instauração republicana, duas grandes fases operaram no Brasil, sendo a primeira iniciada em 1889 indo até 1930, a chamada República Velha, conforme denominação que lhe fora historicamente atribuída. Durou quarenta e um anos, sendo findada com a revolução de 30. Seu primeiro presidente foi o marechal Deodoro da Fonseca<sup>2</sup>, assumindo o governo provisório (de 15 de novembro de 1889 a 24 de fevereiro de 1891), eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, muito embora, em 3 de novembro de 1891, tenha ordenado às tropas militares o fechamento do Parlamento. Nesse sentido:

Institucionalmente, a partir de 1891, adotou-se no país o modelo de tripartição de poderes. Mas isso não significou que a Proclamação da República tenha instaurado uma república, como já se afirmou. O que adveio na primeira fase da república foi um regime oligárquico conhecido como política dos governadores que perdurou até 1930. (SCHIER, 2017, p. 62).

Meses depois, obrigado a renunciar, assumiu o cargo Floriano Peixoto, em 23 de novembro do mesmo ano, para completar o mandato de Deodoro, ainda que a Constituição recém vigente dispunha que em caso de renúncia, novas eleições deveriam ser convocadas. No período que contemplou essa primeira fase republicana, o país contou com catorze presidentes, sendo que o último deles, Júlio Prestes, não tomou posse ante a eclosão da revolução de 1930 que depôs o presidente Washington Luís.

O “golpe militar” de Proclamação da República, para Bresser-Pereira (2001), não teve apoio da população, ao que se alia a inexistência de registros da identificação de uma sociedade civil no país à época. O regime continuava

---

<sup>2</sup> O vice-presidente, Floriano Peixoto, não era da mesma chapa do presidente, situação permitida pela Constituição de 1891. Ambos inclusive representavam segmentos distintos das forças armadas. O presidente compunha a velha-guarda e o vice, os militares mais jovens e positivistas. O que se vê, portanto, é que em que pese o artigo 1º da Constituição de 1891 tenha instituído um regime representativo, o texto constitucional não foi efetivo, em face da ditadura que se configurou no Governo Provisório.

oligárquico e a descentralização política advinda da federalização incrementou o poder dos governantes e poderes locais. Essa proto-república assentou, em verdade, a confusão prática entre público e privado, bem como a ausência de uma cidadania de fato. A descentralização típica do período, decorrência da importação integral e formal do federalismo norte-americano refletiu no fortalecimento das elites locais (GABARDO, 2009, p. 77).

A República Velha foi, assim, uma política de apoio mútuo entre poder central e poderes locais, de sorte que o presidente obtinha apoio em todos os seus atos pelos presidentes dos Estados. Tal contexto alimentou o famigerado *coronelismo*, o qual, embora admita diferentes formas de manifestação, “em seu núcleo estruturante pode ser entendido como uma manifestação específica do poder privado, ou seja, um modelo autoritário que conseguiu coexistir com um regime político de base representativa” (Op. cit., p. 77). Isso é:

Os coronéis controlavam os votos de seus ‘rebanhos eleitorais’, direcionando o resultado das eleições ao compromisso pactuado com os governadores. Para tanto, utilizavam-se do voto do cabresto, sendo responsáveis, portanto, pelo deslocamento dos trabalhadores do campo para o interior das paróquias (igrejas), nas quais se realizavam as votações. [...] O coronelismo tinha por pressuposto o compromisso de fortalecimento do poder privado (NOHARA, 2012, p. 14).

Bresser-Pereira (2001) denomina de *Administração Patrimonial* o período que foi de 1821 até 1930 (Império e Primeira República), referindo a imensa distância educacional e social entre a elite política, o restante da população e a camada de funcionários públicos, “donos antes de sinecuras do que de funções”, que dado o Estado patrimonial, tinham garantido emprego e sobrevivência. Ou seja, “os critérios administrativos eram pessoais, e a preocupação com a eficiência da máquina estatal, nula” (2001, p. 7). Neste panorama histórico reconhece-se o tradicional predomínio do espírito privado, isso é, a prevalência do personalismo nas alianças políticas e nas adesões partidárias, ou na tendência ao emaranhamento entre instituições e pessoas:

As idéias principiológicas de inspiração nos revolucionários franceses e mesmo no constitucionalismo americano, embora fossem bem sucedidas na academia, eram sufocadas por uma prática político-cultural avessa à formação de um povo soberano que pudesse ser identificado por intermédio da existência de uma cidadania tipicamente constitucional. Nem a Constituição (como nos EUA), nem o Estado (como na Europa) foram os

condutores políticos realmente eficientes e legitimados na realidade histórica do Brasil (GABARDO, 2009, p. 70).

Para Nohara (2012), a ideia de patrimonialismo, no qual o patrimônio público, não raro, é confundido com o privado, vai se transformando a partir da difusão lenta do espírito republicano brasileiro após o término da República Velha e com a industrialização. Nesse sentido, o período que segue os anos 30, passa a consolidar uma configuração institucional do país conformada com uma sociedade mais moderna e urbana.

É fato que a ênfase na modernização do Estado teve papel central desde o início da década de 30. Buscou-se as razões do subdesenvolvimento dos países a partir de sua estrutura interna, como a existência de elites conservadoras e agrárias, estrutura tradicional e baixa escolaridade. Entretanto, mais tarde, graças “a contribuição de cientistas sociais que recorrem à história e a Max Weber [...], o debate sobre modernização e subdesenvolvimento tomou novo rumo, incorporando que os atributos do Estado são necessários, mas insuficientes” (SOUZA, 2017, p. 28). Dessa forma, viu-se que seria necessária a instrumentalização do poder do Estado através da construção de burocracias profissionais, a “capacidade do Estado” (Op. cit., p. 28).

Em síntese, a Revolução de 1930 marca o início da Era Vargas, a qual teve como estopim a sucessão do Presidente Washington Luís. Pela política dos governadores até então caberia ao Estado de Minas Gerais indicar o próximo presidente, o que não foi cumprido em face da candidatura de Júlio Prestes. Contra isso, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba formaram a aliança liberal, lançando uma chapa integrada por Getúlio Vargas e João Pessoa, Presidente e Vice, respectivamente. A chapa foi derrotada e diante do clima geral de suspeita gerado inclusive pelo assassinato de João Pessoa, desencadeou-se a Revolução de 30. Desta feita, Getúlio Vargas assume o governo, encerrando-se o regime constitucional instaurado a partir de 1891.

Na sequência, a elite paulista pressionando o governo, convoca, em 1932 uma Assembleia Nacional Constituinte, realizada no ano seguinte. Assim, em 1934 Vargas é eleito Presidente e, em novembro do mesmo ano, edita o Decreto nº 19.389, vigente até que se editasse nova Constituição Federal, institucionalizando o governo provisório. A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil, “rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas

que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se a disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 119).

Para Ohlweiler (2017), a configuração social-democrata da Constituição de 1934 foi fruto do contexto social difundido após a 1ª Guerra Mundial e levou a edição de inúmeros textos infraconstitucionais direcionados à materialização de políticas de intervenção na seara social e econômica. Em âmbito global, o paradigma do Estado Social de Direito igualmente trouxe reflexos às estruturas administrativas, “especialmente com o crescimento das unidades burocráticas do ente estatal, fenômeno detectável tanto no plano nacional como das localidades, havendo a multiplicação de organismos públicos e empresas estatais” (OHLWEILER, 2017, p. 96).

Com efeito, ao se ter em mente um *Estado de Bem-Estar Social*, cumpre relacionar tal expressão com uma forma específica de atuação estatal, a exigir aparato administrativo e regime jurídico apropriados funcionalmente:

A constituição de 1934 também inaugura no Brasil a disciplina constitucional da economia, consagrando, de forma ampla, a possibilidade de intervenção do Estado na seara econômica. O nacionalismo era um traço marcante no regime então estabelecido, que consagrou medidas como a nacionalização das minas, riquezas do subsolo, águas e fontes de energia hidrelétrica, tornando a sua exploração dependente de concessão federal (art. 19); e ainda criou diversas restrições para o exercício de atividades econômicas e profissionais por pessoas e empresas estrangeiras (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 121).

Segundo Fausto (1994), citado por Hohara (2012), o predomínio da gestão patrimonialista de Administração Pública logo se tornou incompatível com o novo cenário da sociedade brasileira. Industrialização, urbanização, formação de uma classe média com mais poder de reivindicação, o fim da Primeira República e um ambiente de cisão entre as elites estaduais. Tratou-se de uma mudança de paradigma que buscou o deslocamento do modelo de autoridade oligárquica rural, para uma teoria da departamentalização e do desenvolvimento de funções administrativas.

Assim, ainda que a formação da burocracia remonte à constituição de grandes impérios e à sedimentação do Estado, no Brasil, a construção das instituições capitalistas, industriais e urbano teve início na Era Vargas e foi iniciada sem um plano formal de sistematização, apenas reconhecendo a necessidade de

romper com modelo das oligarquias e a criar de instituições e funções administrativas mais racionais. Segundo Souza (2017), a criação de instituições para um novo Estado brasileiro demandava um corpo burocrático em moldes weberianos, ainda que o recrutamento desse corpo burocrático tenha sido variado ao longo de décadas.

Para Wolkmer (2000, p. 44), a burocracia, como fenômeno histórico já estava presente nas formações pré-capitalistas e detinha um papel secundário na fase competitiva do modo capitalista de produção. A gênese da burocracia moderna encontrar-se-ia, para o autor (2000, p. 46), na Prússia do século XIX, berço do aparecimento de seus principais ideólogos: Max Weber e Hegel, “cada qual, partindo da experiência prussiana, tentou criar e formular proposições básicas sobre um complexo mecanismo de organização formal, impessoal e racional” (p. 46). Entretanto, no século XX, assume um papel cada vez mais decisivo e autônomo nos quadros do capitalismo monopolista do mundo ocidental e principalmente nas sociedades de economia planejada, “inadequadamente chamadas de socialistas”:

Através da história, a burocracia modifica-se, sem perder algumas características essenciais. Seja como grupo social, seja como forma de organização social, a burocracia é sempre um sistema de dominação ou de poder autoritário, hierárquico, que reivindica para si o monopólio da racionalidade e do conhecimento administrativo (WOLKMER, 2000, p. 44).

Violin (2015), ao tratar da Administração Pública Burocrática, igualmente se reporta à Max Weber, para e o qual, o Estado moderno seria uma empresa, uma fábrica, pois a relação de poder interna é a mesma, eis que tanto os trabalhadores como os servidores não são donos das ferramentas, suprimentos e recursos financeiros. Dessa forma, a administração puramente burocrática, do ponto de vista formal, seria a experiência mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimentos em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, isso é, calculabilidade, tanto para o senhor quanto para os demais interessados.

As alterações no âmbito administrativo interno vão sendo gradualmente implementadas, portanto, e em 1937, com a Constituição “Polaca”, Vargas deu início ao Estado Novo, ganhando ímpeto a Reforma Administrativa, visando tornar o Estado um instrumento para a modernização. As transformações foram destacadas

ao Departamento Administrativo de Serviço Público-Dasp<sup>3</sup>, instituído pelo Decreto-lei nº 579/1938.

Para Valle (2010), o DASP detinha franca inspiração weberiana, haja vista o campo de padronização de procedimentos, a profissionalização do corpo de funcionários e a universalização do sistema de mérito. Além de recrutar e formar uma burocracia profissionalizada visava, igualmente, eliminar os obstáculos ao desenvolvimento econômico e social e gerar capacidade de atuação estatal:

A emergência da industrialização no Brasil trouxe reflexamente para o ideário do Dasp três vertentes pronunciadas: o taylorismo, com suas técnicas de organização industrial voltadas para o aumento da produtividade; as noções reformistas da Administração Pública (*civil service reform*) de Woodrow Wilson, que propugnou a separação entre política e administração, sendo esta última analisada em função de sua organização e métodos; a, de forma, mas aprofundada, as formulações teóricas de Max Weber expoente da sociologia clássica (NOHARA, 2012, p. 23).

Ohlweiler (2017) aponta que os efeitos deletérios da postura autoritária administrativa advindas com o regime ditatorial de 1937, obstaculizaram a realização democrática do Estado Social, em sua plenitude, no Brasil. É que, embora a Constituição outorgada de 1937 tenha sido considerada por muitos como um texto

---

<sup>3</sup> A criação do DASP baseou-se em mandamento expresso da Constituição de 1937, e a fundamentação da sua necessidade foi tornada pública concomitantemente com o texto da própria Constituição. Dizia o governo, em proclamação à nação, lida pelo rádio na noite de 10 de novembro de 1937: “A organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, evidenciaria falhas lamentáveis, sob esse e outros aspectos. A Constituição estava, evidentemente, antedatada em relação ao espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixara de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criadas à investida dos seus inimigos, com a agravante de enfraquecer e amenizar o poder público. O aparelhamento governamental instituído não se ajustava às exigências da vida nacional; antes, dificultava-lhe a expansão e inibia-lhe os movimentos. Na distribuição das atribuições legais, não se colocara, como se deveria fazer, em primeiro plano, o interesse geral; aluíram-se as responsabilidades entre os diversos poderes, de tal sorte que o rendimento do aparelho do Estado ficou reduzido ao mínimo e a sua eficiência sofreu danos irreparáveis, continuamente expostos à influência dos interesses personalistas e das composições políticas eventuais. Não obstante o esforço feito para evitar os inconvenientes das assembleias exclusivamente políticas, o Poder Legislativo, no regime da Constituição de 1934, mostrou-se, irremediavelmente, inoperante. Função elementar e, ao mesmo tempo, fundamental, a própria elaboração orçamentária nunca se ultimou nos prazos regimentais, com o cuidado que era de exigir. Todos os esforços realizados pelo governo no sentido de estabelecer o equilíbrio orçamentário se tornavam inúteis, desde que os representantes da nação agravavam sempre o montante das despesas, muitas vezes, em benefício de iniciativas ou de interesse que nada tinham a ver com o interesse público.” Assim, a nova Constituição que se outorgava à nação mudava substancialmente a organização administrativa responsável pelo aperfeiçoamento do aparelhamento governamental e pela elaboração orçamentária, e, para assessorar diretamente o presidente da República no exercício de ambas as funções, determinava, no seu artigo 67, a instituição de um “departamento administrativo”. Esse órgão veio a ser formalmente organizado oito meses após, sob a denominação de Departamento Administrativo do Serviço Público (FGV, [s/d], <[www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp](http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp)>).

de formidável construção jurídica, fora editada para não ser aplicada. Não obstante, constatou-se em âmbito administrativo à época, a crescente exigência de funções públicas, verificando-se a instituição de autarquias e de entidades com personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Na sequência histórica, o período democrático refletido na Constituição de 1946 reconheceu a autonomia dos Municípios brasileiros e as tentativas de coordenar e planejar a economia nacional ganharam ênfase a partir da década de 40, de sorte que em 1965, “com Juscelino Kubitschek, o planejamento é alçado ao patamar de ponto de partida para a solução dos problemas brasileiros” (NOHARA, 2012, p. 41).

Cumpra ponderar acerca da tentativa de instauração de uma burocracia profissionalizada no Brasil na metade do séc. XX, que o instituto do concurso público fora exigência constitucional desde a Constituição de 1934, ainda que “a tentativa de selecionar a burocracia pela via do concurso público alcançou resultados medíocres [...] até 1960, apenas 10% da burocracia havia sido recrutada por concurso” (SOUZA, 2017, p. 32).

Souza (2017) aduz que após a experiência do DASP, a administração pública brasileira não parou de ser reformada e tampouco cessou-se a busca por uma burocracia profissionalizada. No governo Kubitschek operaram-se tentativas de retomar as propostas iniciais do DASP, porém o governo decidiu pela estratégia de insular algumas agências públicas responsáveis pela promoção das mais relevantes políticas públicas do Plano de Metas.

Não obstante, para Nohara (2012), após a instituição do DASP, pela Constituição de 1937, o movimento mais expressivo de Reforma Administrativa só se deu com a edição do Decreto-lei nº 200/67. Este, diferenciou-se em da política populista de Vargas, eis que no período militar os movimentos sociais foram desarticulados com a intensa política de repressão.

Delfim Netto assumiu o comando da economia em 1967. Foi a época de edição do Decreto-lei nº 200. Ele implementou práticas voltadas para o crescimento do mercado interno, a partir da adoção de algumas medidas de inspiração keynesiana. A teoria econômica de Keynes foi predominante no mundo na década de 30 até a de 70, sendo aplicada no Brasil com intensidade, mas não na sua forma mais pura, principalmente a partir deste momento histórico (NOHARA, 2012, p. 45).

Com efeito, a reforma administrativa de 1967, pelo regime autoritário, foi resultado da necessidade de intensificar as políticas de substituição das importações, de sorte que o governo passou a ampliar a sua atuação na esfera econômica por intermédio de projetos de infraestrutura e industrialização. No entanto, as avaliações da Reforma “concluem que dela decorreram a expansão da burocracia pública, dos gastos do setor governo e no número de agências descentralizadas, que chegou a 274 no fim do regime” (SOUZA, 2017, p. 32).

Ocorre que, no final da década de 70, após dois choques do petróleo (1973 e 1979), percebe-se novamente, em âmbito global, um (re)olhar para as concepções de Estado, questionando-se o modelo intervencionista que teve ênfase nos “trinta anos gloriosos” – 30 anos de crescimento econômico no mundo ocidental, após a 2ª Guerra Mundial (1945 a 1975). Assim, em termos globais, a partir da década de 70, a reação teórica ao intervencionismo estatal e às bases keynesianas do *Welfare State*<sup>4</sup>, permitiu que ideais de cunho eminentemente liberais fossem (re)surgindo na Europa e nos Estados Unidos.

Como marco da consolidação neoliberal, destacam-se os governos de Margareth Thatcher (a Inglaterra foi o primeiro dos países capitalistas a ter um governo expressamente empenhado em efetivar os postulados neoliberais<sup>1</sup>) e Ronald Regan, no Reino Unido e nos Estados Unidos, respectivamente, adotando expressamente os seus postulados. O programa neoliberal adotado nesses governos foi implementado por meio de medidas drásticas de ataque aos movimentos sindicais, diminuição de impostos de grandes rendimentos, elevação das taxas de juros e cortes maciços nos gastos sociais.

Ao final da década de 70, em âmbito interno, a sociedade civil, após duas décadas de regime autoritário, passou a reforçar ideais de democracia e cidadania, através de manifestações em nome de liberdade e direitos, como o movimento *Diretas Já* e a reivindicação em prol de uma Constituição democrática. Concomitantemente, organizações de movimentos sociais ascenderam no país e as entidades não governamentais passaram a atuar na defesa dos interesses coletivos e difusos, no Brasil e no mundo (GABARDO, 2009). Aqui inclusive encontra-se a gênese da criação do que adiante se analisará sob a denominação de terceiro setor.

---

<sup>4</sup> O *Welfare State* resultou, em síntese, das soluções de compromisso decorrentes das crises econômicas posteriores às guerras mundiais e a depressão causada pela crise de 1929. A intervenção estatal nestes moldes consolidou a promoção de medidas de cunho social e regulatórias de economia.

Também, o Governo de João Baptista Figueiredo, ao cabo do regime militar, além da enfrentar a luta sindical, a mobilização da sociedade civil e os movimentos de abertura política, se vê em face de intensa pressão externa pela contenção de gastos público. Assim, em 1981 criou a Comissão de Privatização. Valle (2010) descreve que já em 1979 fora criado o Programa de Desburocratização, confiado à direção do então Ministro Hélio Beltrão, e em 1981, instituído o Programa Nacional de Desestatização, “criado com o objetivo proclamado de dirigir, supervisionar e acelerar o processo de transferência de controle, transformação ou desativação de empresas estatais controladas pelo governo federal (2010, p. 38).

Em suma, o contexto nacional do período demonstrou que a expansão do setor governamental e o regime militar davam sinas de esgotamento. A “chamada crise fiscal, cujo elemento mais visível era a impossibilidade de domar a inflação, foi um dos legados da fase expansionista e fragmentada do governo federal” (SOUZA, 2017, p. 32). Já em âmbito mundial<sup>5</sup> a crise fez emergir questões referentes ao endividamento de Estados e a necessidade de reestruturação econômica dos mesmos:

[...] denota-se que a crise fiscal refletiu demasiadamente a questão econômica em relação ao financiamento público de todas as demandas sociais existentes. Embora a função do Estado seja a de garantidor dos valores institucionalmente previstos, houve a necessidade de repensar até onde a máquina pública poderia financiar as necessidades coletivas sem que para isso todo o sistema falisse (LEAL; FONTANA, 2010, p. 16).

O processo de redemocratização culminou com a promulgação da Constituição de 1988, na qual “foram consagrados vários princípios e direitos que, mais tarde, passara, a ser vistos como entraves à modernização do aparato governamental, ao controle da inflação e à inauguração de um novo Estado” (SOUZA, 2017, p. 32). Também, a CF/88, inclusive em face do seu caráter prolixo, foi atenta à conformação constitucional da Administração Pública, positivando uma gama de princípios de observância vinculante pela gestão pública direta e indireta, em todas as esferas, trazendo luzes a um regime jurídico administrativo de direito público.

---

<sup>5</sup> Muitas reformas de cunho estatal ocorreram no mundo nas últimas décadas do século XX, podendo-se afirmar que o início desse processo teve uma orientação essencialmente fiscal e econômica, na busca de superação das crises do petróleo da década de 1970. No Brasil, os anos 80 foram denominados de “década perdida”, no que se refere ao desenvolvimento econômico, haja vista, a inflação, a redução do PIB, dentre outros fatores.

É nesse sentido que Bonavides (2016), ao tratar do Constitucionalismo do Estado Social, refere-se às Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1988, sustentando que estas assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo, ou seja, fizeram do homem o destinatário da Constituição. Assim, a CF/88 é, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado social, devendo ser reconhecida a dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e a necessidade de este último cumprir a sua tarefa igualitária e distributiva sem a qual não haverá democracia e tampouco liberdade.

Nesse trabalho, ratifica-se o posicionamento do Autor (Op. cit., 389), no sentido de que “a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos [...], da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo a Constituição dos direitos sociais básicos”. E essa reflexão repousa exatamente na perspectiva de como aplicar a Constituição, de forma a introduzi-la na realidade nacional. Isso é, cumprido o caminho das Constituições na centralidade do ser humano, “já não se reclamam direitos, mas garantias” (Op. cit., p. 390).

Dito isso, refere-se que foi no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso que passam a repercutir no Brasil as ideias tidas como gerenciais ou o *New Public Management*, “modeladas para reduzir a intervenção do Estado na economia e nas políticas públicas e para o controle dos gastos públicos (SOUZA, 2017, p. 33). A Reforma Administrativa no Brasil foi gestada a partir da metade da década de 90, tendo como figura central o então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), Luiz Carlos Bresser-Pereira<sup>6</sup>, “a intenção era de que a reforma trouxesse a eficiência das empresas privadas e bem do serviço público” (LEAL; FONTANA, 201, p. 17).

Tais ideais foram implementadas na última década do século XX no Brasil por intermédio da elaboração do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado de 1995, que estabeleceu uma estrutura organizacional pretensamente “modernizadora”. Gabardo (2009, p. 98) aduz que a reforma gerencial propugnou “por uma Administração Pública voltada para o “cidadão-cliente” ou “cidadão-usuário”, com vistas à melhoria da governança do Estado. Pretendia-se, portanto,

---

<sup>6</sup> Informações pormenorizadas acerca da Reforma Gerencial de 1995 podem ser encontradas no seguinte link: <<http://www.bresserpereira.org.br/RGP.asp>>.

mais do que uma evolução para a democracia, uma verdadeira reforma na própria democracia”

A Reforma Administrativa, descreve Reck (2006), foi instrumentalizada por meio de diversas normas, notadamente as Emendas Constitucionais nº 19 e nº 20, além de inúmeras outras leis ordinárias que regularam o modelo gerencial, as privatizações e as desestatizações, a exemplo das Leis 9.637/98 e 9.790/99, que instituíram as Organizações Sociais-OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-OSCIPs.

Gabardo (2009, p. 95) retrata que na década de 90 o Terceiro Setor ganha ênfase, em termos de sociedade em geral, mídia e governos. Para o Professor, interessante é que esta centralidade na atenção conferida a estes novos atores do cenário geopolítico não decorre especificamente da conjuntura sociocultural do final do século XX, ou seja, da grande revalorização da democracia, mas sim, e paradoxalmente, da vitória ideológica do neoliberalismo como corrente doutrinária disseminada nos projetos de reforma do Estado característicos do período

Com efeito, é de forma intuitiva que se pressupõe que a existência de um Terceiro Setor reclama a pré existência de um primeiro setor (Estado) e um segundo setor (Mercado), dos quais esse terceiro se diferencia. Nesse sentido, a expressão Terceiro Setor “advém do termo inglês ‘third sector’, sendo que houve o seu emprego pela primeira vez na década de 70 nos Estados Unidos e posteriormente tal termo foi replicado por pesquisadores europeus na década de 80” (GABARDO; REIS; 2011, p. 8). De forma um tanto ordinária, é expressão que denomina organizações formadas pela sociedade civil sem objetivo de lucro<sup>7</sup>, mas que objetivam a satisfação de um interesse social. Seu surgimento no Brasil está adstritamente ligado ao movimento reformista gerencial ora abordado. Gustavo Justino de Oliveira, com vasta atuação na matéria aponta:

O Terceiro Setor, ainda que carente de uma definição legal, pode ser compreendido como o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por entidades privadas não governamentais e sem ânimo de lucro, realizadas em prol da sociedade, independentemente do Estado e mercado, embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos. É a sociedade civil organizada coletivamente para atuar sobre si mesma.

---

<sup>7</sup> Conforme pontua Mânica (2010) deve-se fazer a distinção entre o significado de *superávit* e *lucro*. Isso porque entidades sem fins lucrativos são pessoas jurídicas de direito privado em relação às quais não há distribuição de eventual *lucro* entre seus associados, muito embora elas busquem resultados financeiros positivos, a serem investidos na finalidade da empresa, o *superávit*. Nesse sentido, a Lei das OSCIPs, no artigo 1º, §1º, veda a distribuição de excedentes operacionais” a quem quer que seja, os quais devem se aplicar integralmente na consecução do objeto social.

Juridicamente, as formas com as quais a ação coletiva é concretizada são as associações, fundações e as organizações religiosas. Em 2013, data da última estatística percentual e número de instituições por natureza jurídica, contava-se com 391.582 associações, 8.123 fundações e 41.587 organizações religiosas (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

Assim, dada a relevância de tais entidades nas últimas décadas, haja vista o volume de pessoas, recursos e atividades por elas desenvolvidas, consolidou-se a expressão terceiro setor para se referir ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins de lucro, criadas voluntariamente pela sociedade civil e dotadas de administração própria. Para Mânica (2010, p. 180), tal concepção “é o conceito adotado pelo Manual sobre as Instituições sem Fins Lucrativos no Sistema de Contas Nacionais, editado pela Organização das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade Johns Hopkins”.

Bresser Pereira e Grau (1999), afinados com a ideia de um setor produtivo público não estatal, propugnando que este é elemento de construção da cidadania, sustentam que a crise do modelo social-burocrático de Estado exige novas modalidades (para eles, mais eficientes) de administração pública. Isso se daria inclusive mediante a execução de serviços sociais por organizações não estatais, mediante financiamento público, em áreas como educação, saúde, cultura:

Abre-se uma oportunidade para a mudança do perfil do Estado: em vez de um Estado Social-Burocrático que contrata diretamente professores, médicos, assistentes sociais para realizar de forma monopolista e ineficiente os serviços sociais e científicos, ou de um Estado Neoliberal que se pretende mínimo e renuncia a suas responsabilidades sociais, um Estado Social-Liberal, que por sua vez proteja os direitos sociais ao financiar as organizações públicas não-estatais que defendem direitos ou prestam os serviços de educação, saúde, cultura, assistência social, e seja mais eficiente ao introduzir a competição e a flexibilidade na provisão desses serviços. Um Estado que além de social e liberal seja mais democrático, pelo fato de que suas atividades sejam diretamente submetidas ao controle social (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999, p. 17).

Em trabalho realizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça-SAL, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – fruto de pesquisas realizadas pelo Instituto *Pro Bono* durante nos meses de julho de 2008 e março de 2009 e coordenadas por Gustavo Justino de Oliveira – desenhou-se anteprojeto de Lei para um Estatuto do Terceiro Setor, do qual extrai-se o seguinte conceito para o instituto:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, considera-se Terceiro Setor o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que: I - desenvolvam atividades de promoção e defesa de direitos, principalmente os coletivos e difusos; II – realizem atividades de interesse público, assistência social ou utilidade pública, nos termos definidos em lei; ou III - prestem serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Estado.

[...]

Nota: O conceito de Terceiro Setor não é unívoco na doutrina brasileira (cf. MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. BH: Fórum, 2007. p. 163-194). A despeito disso, para a boa aplicação do ETS, importa estabelecer um conceito normativo de Terceiro Setor. O conceito ora proposto encontra-se alinhado com os elementos conceituais e classificação do Terceiro Setor, propostos pela Divisão de Estatísticas da Organização das Nações Unidas-ONU e pela Universidade John Hopkins, expressados no Manual sobre Instituições sem fins lucrativos no Sistema de Contas Nacionais (2002) e na Classificação dos Objetivos das Instituições sem Fins Lucrativos ao Serviço das Famílias-COPNI. É uma tentativa de tornar o conceito de Terceiro Setor mais homogêneo, naqueles países que o adotam. Ademais disso, o IBGE vem adotando essa metodologia na divulgação de estatísticas sobre o Terceiro Setor no Brasil (BRASIL. As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil 2005 /IBGE, Rio de Janeiro: IBGE, 2008). Obviamente, o conceito normativo proposto encontra-se harmonizado com a Constituição de 1988 e com a tradição histórico-legislativa do Terceiro Setor no Brasil (SAL, 2009, p. 74).

Oliveira e Ferreira (2017) apresentam posicionamento favorável acerca do fenômeno:

O Terceiro Setor é o segmento que mais dialoga com a esfera pública e privada por meio de atos voluntários dos próprios cidadãos. É a esfera que se aproxima da vontade da sociedade, pois, na teoria, a sua atuação é a manifestação dos interesses e necessidades do povo. É o setor que representa a sociedade civil organizada, compreendida pela integração de pessoas, físicas ou jurídicas, sem ânimo econômico e fora do Estado, que se unem espontaneamente para buscar soluções, proteções e efetivações de questões de interesses coletivos (OLIVEIRA; FERREIRA, 2017, p.)

Para Oliveira (2017), a inserção do princípio da solidariedade na CF/88 – art. 3º, incisos I e II, prevendo como objetivos fundamentais do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, das desigualdades sociais e regionais e da – seria o fundamento do terceiro setor. Tal se consolidaria em dois sentidos: vertical (a sociedade civil, com base em preceitos fraternos e solidários, se organizaria para alcançar os direitos sociais, na medida em que a ela também pertence a responsabilidade de garantir o interesse público, ao lado do Estado, e horizontal, o Estado por ter o dever de tutela dos direitos sociais e por

objetivar uma sociedade solidária, cria mecanismos para que ela promova voluntariamente as ações sociais para a realização das necessidades coletivas.

Já Violin (2015) crítica o ideário neoliberal, que ao seu entender, defende que o Terceiro Setor atue como prestador de serviços públicos. Trazendo ressalvas ao fenômeno, inclusive no sentido da inadequação da expressão Terceiro Setor, entendendo mais adequada a expressão “sociedade civil organizada”, aduz que o integram as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias, os movimentos sociais e as entidades cooperativas.

Dito isso, cumpre avaliar duas das organizações que lhe integram e que importam nessa pesquisa, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, aqui chamadas de OS e oscips.

Com efeito, em 1997, o Presidente da República promulgou o primeiro marco legislativo do modelo gerencial, a Medida Provisória nº 1.591, convertida em maio de 1998, na Lei nº 9.637, a alcunhada “Lei das OS”. Tal regramento estipulou os requisitos para a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais e lançou o Programa Nacional de Publicização que previu o alargamento do modelo das OS por todo o país. A gênese da criação das organizações sociais teve flagrante inspiração nas *quangos* (*quasi non governmental organizations*), entidades criadas sobre o ideário neoliberal do Reino Unido, difundido pelo governo Thatcher.

Já as oscips foram instituídas em âmbito federal pela Lei nº 9.790/1999. Fontoura (2010) descreve que a constituição das oscips remota ao Programa Comunidade Solidária, criado pela antropóloga e então primeira-dama Ruth Cardoso, sob o arcabouço conceitual da Nova Gestão Pública. Tais entidades, à semelhança das OS, não têm finalidade lucrativa e são instituídas com o objetivo de promover serviços de interesse coletivo, sendo a qualificação também uma condição para a celebração do ajuste de fomento (termo de parceria) vinculado ao alcance de resultados

Atualmente, a transferência do gerenciamento e da execução de serviços públicos, como saúde e educação, por exemplo, a OS e oscips é uma realidade posta no Brasil, ainda que em 1998 a agenda de disseminação do modelo das organizações sociais tenha sido alvo de oposição por uma minoria governista junto ao Congresso Nacional. Com efeito, o Partido dos Trabalhadores e o Partido

Democrático Trabalhista ingressaram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADIN em face de diversos dispositivos da Lei nº 9.637/1998 e do inciso XXIV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), com redação dada pela Lei nº 9.648/1998 (visando dar amparo jurídico ao modelo OS), propugnando que a vigência desses traria prejuízos ao erário e danos irreparáveis à população e aos servidores públicos<sup>8</sup>.

Os referidos Partidos formularam solicitação de medida cautelar para a suspensão imediata de todos os efeitos da legislação, a qual teve seu julgamento iniciado em 1999, porém, após os cinco primeiros votos, o julgamento cautelar foi suspenso, sendo retomado em 2007. Findos os debates, o pleito foi indeferido integralmente, por decisão majoritária.

Iniciado o julgamento do mérito em 2011, e concluso em 16 abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal-STF pronunciou-se em definitivo sobre a matéria em sessão plenária, posicionando-se pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público. A assinatura de “convênios” (natureza jurídica que segundo o STF reveste os vínculos) com tais entidades, no entanto, deve, ao teor do julgamento, ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais dispostos no *caput* do artigo 37).

Em suma, por votação majoritária, a Corte Constitucional julgou parcialmente procedente a ADIN nº 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre Estado e organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde:

[...] 20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e

---

<sup>8</sup> Recebida a ADIN esta entrou em tramitação com o nº 1.923, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que, após aposentar-se em 2003, fora substituído na função de relator por Carlos Ayres Britto.

impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas (BRASIL, 2015, grifou-se).

Pondera Oliveira (2017), posição ratificada por este trabalho, que o objeto da ação foi o modelo das organizações sociais. O debate, no entanto, para se concluir pela constitucionalidade da Lei Federal 9.637/1997, foi sobre os acordos colaborativos entre a Administração e as entidades do terceiro setor. Assim, por meio de interpretação constitucional, entende o STF que o Estado pode optar por garantir as utilidades e comodidades públicas em parceria com as organizações da sociedade civil por meio da atividade administrativa de fomento. “A perspectiva desta gestão pública é essencial para a legitimidade das parcerias” (OLIVEIRA, 2017).

O julgamento da ADIn nº 1923, para alguns confluía para uma concepção de Estado mais distante da prestação de serviços públicos sociais. Para outros, ele indica um processo que concebe um novo modelo jurídico-institucional de entidades típicas da Administração Pública Indireta, em uma dinâmica que determina um maior espaço de interseção entre setores anteriormente marcados por profundo afastamento. Aqui, entende-se que ambos enfoques são possíveis, mas que o discurso de fundamentação utilizado pelo Pretório Excelso pode ter sido falho ao tratar com vagueza categorias jurídico-administrativistas relativas ao regime jurídico a ser empregado na firtadura de tais vínculos.

É interessante notar, como se verá a seguir, que a redemocratização pátria, seguida da promulgação da Constituição Federal de 1988 que sistematizou um Sistema Único de Saúde-SUS, a garantir o acesso universal dos cidadãos aos serviços de saúde pelo Estado, por meio de políticas sociais e econômicas<sup>9</sup> (e que de fato passou a ser e implementado nos anos seguintes, após a edição das Leis nº

---

<sup>9</sup> Anteriormente à institucionalização do SUS, a prestação de serviços públicos de saúde ocorria, em geral, no âmbito do sistema previdenciário contributivo, ou seja, não era considerado propriamente um direito, mas sim um benefício previdenciário, ao lado da aposentadoria e do auxílio doença, por exemplo. Desta feita, os atendimentos eram limitados aos trabalhadores formais com carteira assinada (e seus dependentes registrados), e realizados em estabelecimentos públicos ou privados conveniados. Tudo isso se verá melhor adiante.

8.080/1990 e 8.142/1990), ocorreu em um ambiente de modificação institucional e normativa no sentido de restrição de gastos com pessoal dada as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF<sup>10</sup>, esta em sinergia com os ideias da reforma administrativa. Tal panorama denota a complexidade da matéria para os municípios que há pouco estavam gozando de autonomia e atribuições constitucionais próprias em termos de serviços públicos de saúde.

De qualquer sorte, dada a interpretação constitucional, OS e oscips tiveram assentada a sua institucionalização no sistema de gestão pública brasileiro, o que por si só não representa um mal. Ocorre que, como exposto, a ênfase discursiva em não categorizar a “forma pública, objetiva e impessoal” da instrumentalização dos vínculos denota uma tendência de afastamento da prestação dos serviços público do regime jurídico-administrativo referenciado pela CF/88 e, desta feita, a fuga da gestão pública, nas três esferas de competências, dos esforços de capitanear e gerir responsabilidades constitucionalmente previstas em âmbito da justiça social, como nas políticas públicas de educação e saúde, ramos estes que repercutem diretamente na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Tais escolhas, destaca-se, acabam por repercutir em um processo histórico de formação do ordenamento jurídico interno. Conforme Bobbio (2004, p. 25) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos, portanto, em certas circunstâncias e decorrentes de lutas para a defesa de novas liberdades diante de velhas configurações. Nesse sentido, é preciso compreender que a política também produz direito positivo, o que requer racionalidade para transformar o Direito em função das necessidades coletivas e não de agendas pontuais.

Nessa linha, Hachem (2013) refere que os ordenamentos jurídicos de cada Estado costumam acompanhar as feições políticas assumidas pelos mesmos, de sorte que os contornos do Direito Público estão ligados, portanto, ao modelo de Estado na qual cada sistema normativo se encontra inserido. E, nesse sentido, “O perfil do Estado brasileiro mudou, sendo que não só o modelo do Estado empresário

---

<sup>10</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF, Lei Complementar nº 101/2000, é produto igualmente das reformas no Estado Brasileiro, tendo bases constitucionais estabelecidas em normas de finanças públicas dispostas no Capítulo II do Título VI da Constituição Federal, mais especificamente nos seus artigos 163 e seguintes. Tal Lei complementar deu-se por influência direta da legislação da Nova Zelândia, mais especificamente, do *Fiscal Responsibility Act*, editado em 1994 naquele país, o qual foi estruturada com base em alguns pilares, quais sejam, transparência, planejamento e visão de longo prazo, responsabilidade (accountability) e equilíbrio das contas públicas.

foi abandonado mas também do próprio Estado prestador de serviços” (RECK, 2017, p. 4).

Ou seja, dado que ordenamento jurídico não é um fenômeno da natureza e que os direitos “apresentam a estrutura temporal da historicidade [...] continuamente adaptando-se às mutações sociais” (GALDINO, 2005, p. 53) são as conjunturas societais, políticas econômicas que demarcam a sua institucionalização. Assim, a única fonte pós-metafísica de legitimidade do direito é o próprio processo democrático de sua criação. Isso significa que o eventual predomínio de interesses privados junto à administração pública de serviços públicos pode vir a legitimar discursos privatistas que não levem em conta a realidade de que, desde a edição da CF/88, o regime jurídico administrativo nacional outorga prerrogativas e benefícios especiais ao Estado, necessários à satisfação do interesse público<sup>11</sup>.

Ainda que se advogue pela adoção de uma natureza jurídica privada no campo dos serviços públicos sociais, sob a ótica da ampliação da esfera de discricionariedade (e, desta feita, de eficiência) dos governos, as características próprias do regime jurídico público garantem que, por exemplo, a prestação de serviços públicos estará amparada em princípios atentos à redução de iniquidades sociais e com o resguardo da figura do Estado como gestor dos recursos que lhe são confiados pela comunidade, a citar, por exemplo, a observância dos postulados da impessoalidade de quem trata com o Estado, da moralidade e probidade das ações governamentais, e da prestação de contas de quem gere, administre ou guarde recursos não privados. Isso porque, considerando uma visão sistêmica de justiça, que englobe tanto o âmbito dos destinatários do serviço público, como também de quem os presta, deve-se partir do pressuposto de que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários,

---

<sup>11</sup> A expressão interesse público é contemplada nesse trabalho a partir dos estudos de HACHEM (2011), no sentido de que o panorama político que permitiu o reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público foi o modelo do Estado Social e Democrático de Direito, no qual se outorga ao Poder Público a função de promover a igualdade material e a justiça social, inclusive intervindo nas relações entre os particulares quando necessário. Destarte, a premência de se reconhecer, no ordenamento jurídico pátrio, o status constitucional a esse princípio reside na existência de previsões legais que instituem privilégios e prerrogativas à Administração Pública, como mecanismos destinados à satisfação dos interesses da coletividade, que carecem de um fundamento constitucional que lhes revista de legitimidade jurídica e que não são encontráveis no Direito Privado. A inexistência do princípio importaria a impossibilidade de a Administração Pública fazer prevalecer, no caso concreto, o interesse geral (da coletividade em si mesma considerada) sobre os interesses específicos (individuais ou coletivos) igualmente protegidos pelo Direito, impondo unilateralmente condutas aos sujeitos privados. No entanto, o seu conteúdo jurídico deve ser, logicamente, apreendido de acordo com os delineamentos que lhe empresta o Direito positivo, fato que impede a sua invocação como supedâneo para a prática de atos antijurídicos (grifou-se).

devam ser levados em conta para decidir o que é uma prática eficiente em termos de ação estatal.

É que o predicado da eficiência há que estar alinhado a outro: o da sobriedade do modelo constitucional de Estado Social pátrio e o seu conseqüente regime jurídico administrativo, eis que critérios de eficiência e/ou maximização da utilidade não são utilizados nesse estudo para refutar a normatização sistemática dos serviços públicos trazida pela Constituição Federal, a qual está calcada numa teoria da justiça, pois apoiada em ideias de igualdade de oportunidades, desenvolvimento, justiça social, fomento de cidadania. Como bem observa Gabardo (2012, p. 21), seria desarrazoado acreditar que a eficiência é “princípio” da administração privada, já que, como norma, a eficiência somente impera à Administração Pública, sendo que esta última contempla a obrigação de ser eficiente, haja vista gerir bens que a todos, à luz do princípio republicano.

Em suma: a desoneração do Estado aliada à onda liberalizante denota uma proposital despreocupação com a possibilidade de perda popular de conquistas jurídicas históricas (os direitos são históricos, conforme Bobbio), pois é promovido um sério risco aos princípios da impessoalidade da universalidade e continuidade dos serviços públicos não privativos do Estado (além de ser relativizada a sua incondicionalidade) (GABARDO, 2009).

Pelo exposto, vale-se de Habermas (2012, p. 63) para apontar que a tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social. Entende-se, nesse trabalho, que este desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito encontra um ponto de convergência na garantia a uma dada sociedade de acesso aos direitos fundamentais sociais. E isso significa uma atuação estatal material em prol da execução de políticas públicas, estas como principais formas de que dispõe a Administração Pública para observar direitos fundamentais e promover a dignidade humana, em uma verdadeira relação de instrumentalidade.

Feita essa digressão histórica, reflete-se, a partir de instigante artigo de Folloni (2014) no sentido de que o desenvolvimento é um discurso ideológico já que, sendo uma expressão extremamente vaga e ambígua, pode ser entendida como uma formulação mental e ideal que deixa velada a realidade sobre a qual é construída a formulação de desenvolvimento. Para o Autor, o processo de

ocultamento do real vale inclusive para as ideologias que pretendem desintegrar as demais, isso é:

Em geral, as ideologias que se postam mais à esquerda enxergam o mundo pelas lentes da luta de classes e da exploração de uma classe pela outra, reduzindo toda a complexidade da realidade a esse dado e construindo, a partir daí, uma visão de mundo e um plano de ação. As ideologias que se localizam mais à direita veem a liberdade individual na luta e na competição, valores positivos relacionados ao progresso e à melhora da condição humana no mundo, o que leva a compreender o mundo a partir da noção de liberdade para competir e vencer pelo mérito, criando, dessa visão igualmente redutora, o seu próprio projeto (FOLLONI, 2014, p. 65).

Conforme o Autor, entretanto, mesmo manter um posicionamento crítico diante das ideologias pode revelar uma atitude, por si só, ideológica, eis que obtida a partir de uma visão de mundo alinhada com um ceticismo cognitivo absoluto que também irá ocultar algumas dimensões do real: “a compreensibilidade, afinal, é um dado da convivência humana” (FOLLONI, 2014, p. 66). Desta feita, a conclusão a que se chega é a de que ideologias não podem ser erradicadas e são recursos que não se pode dispor em face da compreensão de uma tomada de posição ética e política, pois constituem uma condição da experiência humana e com as quais devemos aprender a conviver.

Segundo Wolkmer (2000, p. 93), a Revolução Francesa é o marco inicial das grandes ideologias modernas, já que no final do século XVIII emergem grupos de proposições políticas classificadas de esquerda e direita, variando conforme enfoque sobre a ordem social, distribuição de riqueza e poder político. Para o Autor, tais ideais têm dominado a moderna filosofia política, “de tal forma que nada poderia negar que se vive num mundo de ideologias. As ideologias estão presentes em toda parte, enquanto crenças, fundamentações e representações do mundo”. Nesse sentido:

A origem da expressão ‘ideologia’ vem de uma junção linguística extraída da raiz grega *eidos* (idéia) com *logos* (estudo, conhecimento). Em seu sentido moderno, a ideologia foi criada pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy (1754-1826), em *Eléments d'idéologie*, durante a Revolução Francesa, e sua significação original era Ciência das Idéias, ou seja, o estudo das origens, evolução e natureza das idéias. A Ciência das Idéias seria ‘o verdadeiro fundamento para todas as demais Ciências’, devendo, ‘investigar e descrever a forma pela qual nossos pensamentos se constituem’ (WOLKMER, 2000, p. 94).

Hoje, ainda que parte da doutrina das ciências humanas entenda que as demarcações de uma possível conceituação de ideologia advenham do Materialismo Dialético, eis que “a conotação de ideologia como coisa abstrata, utópica e artificial será incorporada e disseminada pela tradição clássica da teoria social marxista” (Op. cit., p. 95), não se pode encontrar em seu âmbito uma sistematização acerca de uma *teoria das ideologias*.

Nesse sentido, a ordem jurídica de uma dada sociedade também deve ser lida enquanto fenômeno ideológico, não sendo possível pensar em uma investigação na ciência do direito que seja isenta de interesses e sem levar em conta as condições reais de um momento histórico. Isso é, o aparato jurídico vigente reflete um arcabouço ideológico (jogo de forças hegemônicas) em um determinado sistema social e, conseqüentemente, “cada sistema jurídico, ao se constituir no espelho ideológico de um processo social determinante, sedimenta e justifica nada menos do que as necessidades político-econômicas do modo de produção vigente” (WOLKMER, 2000, p. 172).

Nesse sentido, conforme Reck (2009), o acesso às ideologias políticas, às eleições e à participação tocam, de alguma forma, em políticas públicas e serviços públicos, sendo os últimos uma forma de resposta às crises e contradições da sociedade atual. Nesse tocante, a ideologia política, embora cada vez mais usada, mostra-se cada vez mais escondida como regra natural do jogo, e nesse âmbito os serviços públicos encontram no centro das expectativas demandadas das instâncias públicas.

Dessa forma, análise dos discursos presentes nas projeções normativas das reformas administrativas gerenciais “identifica, portanto, as construções ideológicas presentes do texto” (NOHARA, p. 90), que no presente caso direcionam a uma estereotipação de uma administração burocrática ineficiente que deveria ser abandonada em prol de um modelo moderno de administração pública, voltada ao atendimento do cidadão-cliente.

Com efeito, Habermas (2012), aponta que a síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes, tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para um papel periférico. Esse fato, aliado à ideia diametralmente oposta de auto legislação dos sujeitos, intensifica a

posição do filósofo, no sentido de que devem ser garantidas pelo direito (aí a função dos direitos fundamentais) “as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz dos princípios do discurso, se o direito que estão criando é legítimo”

Veja-se, nesse sentido, que as decisões relativas ao Direito se dão mediante o entrelaçamento de múltiplas conexões. As mudanças de paradigma quanto à prestação de serviços públicos a partir da década de 90, foram tidas por parte da doutrina como “um conceito jurídico sendo alterado não se sabe de onde”. Trata-se do viés de mutabilidades dos signos e no que tange ao período histórico mencionado, “houvesse a doutrina resistido às tentações políticas e buscado a inconstitucionalidade das pretensões políticas, estas não teriam tradução jurídica e, talvez, não teriam como virar conceitos jurídicos” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 194).

Diz-se isso para expressar (Op. cit., p. 223) que o caráter ideológico da ciência jurídica é evidente, não obstante esta contenha uma área de respeitabilidade e verdade. Isso porque se criam conceitos e interpretações no Direito (por pessoas chaves), os quais passam ser tidos como verdades absolutas e consumidos sem maiores reflexões pelos operadores do direito. A mentalidade presente no discurso de Reforma Administrativa brasileira segue:

A reforma do Estado que está ocorrendo nos anos 90, deverá conduzir a um Estado fortalecido, com suas finanças recuperadas e, com sua administração obedecendo à critérios gerenciais de eficiência. Mas a reforma também deverá alcançar o asseguramento pelo Estado que as atividades sociais, que não são monopolistas por natureza, sejam realizadas competitivamente pelo setor público não-estatal e por ele controladas ainda que com seu apoio financeiro, de maneira a conseguir a ampliação dos direitos sociais. Assim, inclusive como condição para o desdobramento de suas outras dimensões, a reforma requer alcançar à renovação do sistema político incorporando à própria participação cidadã mediante o controle social. Um Estado assim reconstruído poderá resistir aos efeitos perturbadores da globalização e garantir uma sociedade não somente mais desenvolvida, mas também menos injusta (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999, p. 17-18, grifou-se).

Oportuno refletir, quanto à modernização, que apesar da vasta produção teórica e empírica sobre seu alcance, “nunca ficaram suficientemente claros os critérios pelos quais mudanças estruturas ou institucionais podem ser classificadas como ‘modernas’ (SOUZA, 2017, p. 30). Isso é, costuma-se ter em mente modernização com ideais de evolução, progresso e rompimento com o passado, naquilo que se entenda como ultrapassado ou insatisfatório ou que entrave a

economia do Estado. Entretanto, a modernização “é um processo contínuo e, nesse sentido, não tem um fim” (Op. cit., p. 30).

Com efeito, através de recursos de neutralização, é que se tornam intangíveis expressões como “administração pública burocrática e ineficiente” e/ou “cidadão-cliente”, tornando possível passar ao largo de discussões mais complexas e imprescindíveis como as que questionam: a que custo econômico, social e ético a execução e o gerenciamento de serviços públicos é transferida ao setor privado hodiernamente? Quais as consequências da perda do regime jurídico administrativo em termos de moralidade e de garantia de direitos?

Nesse âmbito é que se operam reflexões relativas a uma concepção estritamente mercadológica da sociedade, ou seja, do fato de as sociedades contemporâneas passarem da adoção de uma economia de mercado para a personificação de “ser uma sociedade de mercado” (SANDEL, 2015, p. 16). São ponderações que resplandecem exatamente na pesquisa ora proposta, eis que, cada vez mais, se esta a atribuir valor monetário a bens como saúde, educação e deveres cívicos. Cumpre analisar, portanto, se alguns direitos podem/devem ser encarados como propriedade privada, eis que “quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo” (Op. cit., p. 14).

Ademais, tais ponderações intuitivamente levam à refletir acerca da retórica reformista em termos de falácias, as quais chegando a uma conclusão, produzem persuasão, sem, contudo, ser apresentado um enlace com razões substanciais, “Elas conseguem, pelo uso, produzir um efeito de persuasão através da forma de uma conclusão lógica” (BITENCOURT, CALATAYUD E RECK, 2014, p. 219). As falácias geralmente fazem uso da ambiguidade natural da linguagem e se referem ao uso de palavras ou frases cujo significado muda a partir de sua utilização.

A expressão linguística pode ser proferida tendo como finalidade produzir efeitos, isto é, exercer influência, de uma forma determinada (convencer, levar a uma decisão, levar a um protesto etc.), sobre outras pessoas. Em nosso caso: o jacaré é perigoso – a pessoa que diz isso pode fazê-lo na intenção de convencer os outros a se afastar do jacaré, ou seja, a execução desse ato de fala implica a intenção de produzir determinado efeito no parceiro (OLIVEIRA, 2001, p. 160).

Gabardo (2009, p. 131), consigna que “é coerente com a realidade brasileira a própria negação de direitos sociais”. Para o Professor “a retórica linguística que encoberta este fenômeno desconsidera que os projetos sociais ‘lidam com fundos escassos sob severa vigilância”. Assim, assentados os programas de privatização no tocante às atividades exclusivas, o Estado passa a tomar os serviços sociais como questão central para a continuidade desse processo de desestatização. “Para tanto, apoia-se em variadas ideologias liberais e pós-marxistas, bem como em uma mentalidade popular francamente favorável às mudanças modernizadoras. (Op. cit., p. 97).

Também, integra o discurso reformista a narrativa de que tais mudanças incrementariam a participação social na esfera pública – a qual, para Habermas, é descrita como “uma rede adequada para a comunicação dos conteúdos, tomada de posição e opiniões” (HABERMAS, 2011, p. 93). Ocorre que, a despeito dos argumentos de fortalecimento do “controle social” – aqui também reconhecendo-se um discurso dotado de imprecisão denotativa, “com a aparência de descrever uma conduta, mas absolutamente vago em informações para ação” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 219) –, que tornaria mais confiável e efetivo o controle de resultados das entidades do “terceiro setor, o Relatório de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União-TCU, que redundou no Acórdão 3229/2013-Plenário<sup>12</sup>, discorreu acerca da realidade posta hoje:

[...] Porém, além da falta de estudos prévios que demonstrem que a terceirização para organizações sociais é a opção mais vantajosa em cada um dos serviços transferidos, outro problema identificado no processo de decisão acerca da transferência ou não do gerenciamento dos serviços de saúde para entidades privadas é a falta de participação dos conselhos de saúde. Em muitos casos não há consulta às entidades de controle social, em outros há a manifestação contrária à terceirização, que não é atendida pelos gestores locais (BRASIL, 2013, grifou-se).

Em síntese, o que se pretende elucidar é que não se pode passar ao largo nessa pesquisa de considerar que concepções acerca do “tamanho” do Estado e

---

<sup>12</sup> TC 018.739/2012-1, Relator: Walton Alencar Rodrigues. Ata nº 47/2013, Sessão Ordinária de 27/11/2013. Relatório de Auditoria Operacional e posterior Acórdão de nº 3239/2013 – TCU – Plenário, cujas conclusões e recomendações serviram de amparo a inúmeras outras auditorias de conformidade e operacionais, a cerca de vínculos públicos com OS e OSCIPs na área da saúde, no respectivo órgão de controle externo.

de sua maior ou menor (ou melhor) atuação em âmbito de serviços públicos decorre também da compreensão e da relação que se tem acerca da realidade, a partir do fundo ideológico. Também, não se pode deixar de enxergar que categorizar simplesmente as experiências acumuladas em âmbito de Administração Pública como defasadas ou burocráticas (ainda que não se deseje que essas se mantenham inalteradas pela passagem do tempo) pode revelar uma tendência de retórica leviana.

Dessa forma, atentando-se para não “cair” em uma possível visão redutora da realidade e, desse modo, em posições ortodoxas que reduzam toda a complexidade da pesquisa a uma mera alegação de projeto de poder por um ou por outro espectro do fenômeno ideológico, pensa-se o seguinte:

A Constituição de 1988, em franca distinção de textos constitucionais pretéritos, pretendeu a transmutação da realidade social brasileira e impôs ao Estado compromissos nesse sentido, inclusive a partir de juízos de valor negativos da realidade que estava posta, eis que positiva obrigações cujo teor é a ação transformadora. Conforme aponta Folloni (2014), o dever de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução desigualdade social (art. 3º, CF/88), importa no reconhecimento da existência da pobreza e da marginalização em um juízo descritivo, apresenta isso como negativo em um juízo de avaliação e impõe um dever jurídico prescritivo, qual seja, a sua transformação, em forma de erradicação e redução, o que “depende, em complexidade, e inclusive, também, de uma Teoria da Constituição e da prescritividade de suas proposições” (FOLLONI, 2014, p. 74).

Destarte, sem embargo à visão ideológica que se possa admitir na esfera de ação de atores não estatais no âmbito dos serviços públicos, a caracterização jurídico constitucional é clara quanto aos juízos prescritivos destinados ao Estado, notadamente na saúde pública. Esse panorama, longe de esvaziar o debate político, deve, em verdade, interditar qualquer concepção má compreendida do direito administrativo contemporâneo, do seu regime jurídico publicista e do texto constitucional. O que, no entanto, pretensamente se sugere, é que o diálogo vá no sentido de avaliar se os fins aos quais o Estado brasileiro se declarou compromissado a perseguir estão sendo realmente levados em conta.

Dito isso, tendo a narrativa de imprescindibilidade da transferência de atividades não exclusivas<sup>13</sup> do Estado para determinados setores da sociedade civil tornando-se (de certa forma) hegemônica, para alguns operadores do direito o que se instituiu, em verdade, foi a posição subsidiária do Estado nas atividades de bem-estar social. Para esse pensamento, ao mercado, primeiramente, cumpre atender ao interesse público. Com base no que se propugna por meio desse ideal, “o Estado passa a ser um ente responsável prioritariamente pela atuação por via do fomento e dentro de limites de razoabilidade e excepcionalidade. Para tanto, deve desregulamentar e conceder incentivos fiscais e isenções” (GABARDO, 2009, p. 101).

O Estado subsidiário<sup>14</sup> emergiria como alternativa ao Estado de bem-estar social, restringindo a atuação do Estado, já que a este “incumbiria apenas proporcionar o mínimo necessário para possibilitar o exercício das liberdades, a partir do qual os cidadãos deveriam utilizar suas capacidades individuais para alcançar seus objetivos” (HACHEM, 2013, p. 135).

Veja-se que a própria ideia de atuação da sociedade civil de maneira voluntária e, assim, de formação de um terceiro setor, estão amparadas em certa medida na ideia de subsidiariedade. Mediante o reconhecimento dessa coexistência “o Estado é capaz de identificar pontos de interlocução em que a sociedade civil exerça com eficácia certa competência e em nível inferior e local em relação à Administração Pública, outorgando a ela a possibilidade de distribuir as competências que lhe são atribuídas pela lei” (OLIVEIRA, 2017) de sorte que o setor

---

<sup>13</sup> O Plano Diretor da Reforma do Estado diferenciou quatro setores do aparelho do Estado (núcleo estratégico, setor de atividades exclusivas, setor de atividades não exclusivas e o setor de bens e serviços). O setor de serviços não exclusivos correspondeu às atividades que poderiam ser exercidas concomitantemente pelo Estado e pelo setor privado, mas que deveriam preferencialmente 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, etc.

<sup>14</sup> Cumpre uma breve digressão acerca da origem do princípio da subsidiariedade. Na acepção mais comum, que relaciona a subsidiariedade a um empoderamento do indivíduo diante de organismos maiores, a ideia provavelmente tem sua gênese na doutrina social da Igreja Católica, a partir da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI. Em síntese, a doutrina proposta pela Igreja assenta o caráter supletivo da atuação estatal. Posteriormente, na Encíclica *Centesimus Annus*, de João Paulo II, este vale-se do princípio para criticar o Estado de Bem-Estar Social, tal como vigorava na Europa da segunda metade do século XX: “As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, deve-se respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum”. (§ 48). Diz-se, portanto, que o princípio da subsidiariedade possui origem provável na doutrina social da Igreja Católica.

privado maximize a função administrativa para o atingimento de todos os indivíduos singularmente. Oliveira (2017), albergando o referido princípio aponta:

[...] Juan Carlos Cassagne sustenta que a subsidiariedade propõe dois sentidos ao papel do Estado. Um sentido negativo, segundo o qual existiria um limite para a intervenção estatal naquelas áreas nas quais, por natureza das tarefas a serem realizadas, competiria aos particulares assumirem tais atividades. E, um sentido positivo, que vincula o Estado a um dever de intervenção, nos casos de insuficiência da iniciativa privada.<sup>1</sup> Nesta linha, nasce o Estado subsidiário que não atuará diretamente nas atividades em que concorre com a sociedade civil e que por ela são prestadas de maneira mais eficiente e local, restringindo-se ao controle desta provisão com a intervenção quando necessária. As áreas de atuação solidária entre o Estado e a sociedade civil e de atuação estatal subsidiária estão definidas no Título VIII da Constituição de 1988 que dispõe sobre a ordem social e revela o protagonismo das organizações da sociedade civil nos segmentos que lhe são próprios que são: saúde (CF, art. 198, III c/c art. 199, *caput* e § 1º), assistência social (CF, art. 204, II), educação (CF, art. 205, *caput*), cultura (CF, art. 215, § 1º), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218), meio ambiente (CF, art. 225), família, criança, adolescente, jovem e idoso (CF, art. 227, § 1º), índios (CF, arts. 231 e 232) (OLIVEIRA, 2017, p. 52).

Brito (2009, p. 57) em artigo que compôs os anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo, também expõe, considerando o panorama do direito uruguaio, que o gênero subsidiariedade contempla as espécies negativa e positiva, sendo expressão da primeira o apoio, a outorga, de efetiva operação às pessoas, organizações sociais ou políticas para que persigam, com melhor êxito, os fins de sua existência. Já a segunda espécie seria a abstenção estatal, versaria sobre o critério de “*tanta sociedade como sea possible*” e “*tanto Estado como sea necesario*”, este para apontar, apoiar ou facilitar o que necessita subsídio.

Entretanto, para outra expressiva gama de estudiosos do direito, com os quais esse estudo se identifica, não seria possível a adesão a uma visão restritiva do papel do Estado; “ao menos não de um Estado cujo modelo seja o de bem-estar e cujos postulados fundamentais sejam pautados por um conjunto de princípios republicanos” (GABARDO, 2009, p. 307), ou seja:

5) A Constituição Federal Brasileira não prevê a subsidiariedade como princípio de atribuição de competências ao Estado, nem como critério para a promoção do desenvolvimento; 6) A subsidiariedade tem como princípio a prevalência da autonomia privada, ao contrário do que dispõe o regime jurídico-administrativo do Estado social, que tem como princípio a supremacia do interesse público (Op. cit., 2009, p. x).

Nesse sentido Hachem (2013), pontua igualmente que seu trabalho parte do pressuposto de que inexistente no Direito público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado; pelo contrário, a este compete, em verdade, criar condições reais e efetivas para a consecução dos objetivos fundamentais da República.

Destarte, partindo-se do pressuposto que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla um ideal de atuação subsidiária, diga-se que no que tange à prestação de serviços públicos por privados, para Gabardo (2009) tais prestações serão conduzidas pelo regime jurídico de Direito público, “cujos adjetivos fundamentais são, *mutatis mutandi*, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes” (GABARDO, 2009, p. 120), ou seja:

É realmente paradoxal imaginar a prestação de um serviço público no regime jurídico de Direito privado. Ocorre que por intermédio do processo de reformas gerenciais da década de 1990 romperam-se os limites estabelecidos originalmente entre o público e o privado, tornando-se comum a promoção de alternativas jurídicas até então inexistentes (GABARDO, 2009, p. 121).

Ou seja, no que tange às relações entre Estado e o terceiro setor (sociedade civil), afasta-se nessa pesquisa da subsidiariedade (ainda que se reconheça a vasta aderência a sua categoria em âmbito de Direito ocidental), pois este tipo de relação não parecer estar contemplada no cenário constitucional pátrio, a não ser a partir de sistematizações demasiado ousadas, aliadas aos preceitos de um também pretensível princípio da solidariedade. Com efeito, as instituições governamentais, em âmbito de Estado Social de Direito, devem se identificar a partir de relações, no mínimo, equânimes com o terceiro setor, no que toca à tratativa de interesses sociais. A questão do interesse público merece ser levantada nesse panorama, destaca-se, já que a sua supremacia, em verdade, é a concepção que deve prevalecer.

## **2.2 A institucionalização do Sistema Único De Saúde-SUS pela Constituição Federal de 1988, as competências municipais e a esfera de complementariedade: o âmbito de inserção do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos locais de saúde**

Não pairam dúvidas quanto ao fato de que a Constituição Federal de 1988, afinada com as transformações ocorridas em matéria constitucional na Europa continental na segunda metade do século XX<sup>15</sup>, adotou um modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Desta feita, consagrou ao cidadão brasileiro, expressamente, uma vasta gama de posições jurídico-subjetivas de viés social, o que, invariavelmente, atribuiu ao Estado deveres da mesma natureza, delineando aquilo que Hachem (2013, p. 345) apontou como “Administração Pública inclusiva”:

A Lei Fundamental de 1988 [...] operou verdadeira revolução no Direito Público nacional. Da superioridade da lei formal passa-se à supremacia da Constituição, que se converte em parâmetro de validade do conteúdo material de todas as demais normas, por condensar valores sociais mais importantes, correspondentes aos princípios de justiça compartilhados pela sociedade, de observância obrigatória não só ao legislador, mas também ao juiz e à Administração (HACHEM, 2013, p. 348).

Ou seja, por deliberação expressa do constituinte, o direito à saúde foi imantado como cláusula pétrea eis que alçado a direito fundamental social (*vide* art. 6º e art. 196 e seguintes<sup>16</sup>), o que imprimiu uma verdadeira feição jurídica à saúde pública, e não meramente política (PIVETTA, 2013). Esse panorama constitucional albergou a institucionalização do Sistema Único de Saúde-SUS, instrumento apto a concretizar as políticas públicas de saúde no Brasil, e, assim, dar

---

<sup>15</sup> Na Europa da segunda metade do século XX, a aproximação entre as noções de democracia e constitucionalismo assentou a estruturação do chamado “Estado Democrático de Direito”. A Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949), foi um ponto de referência para essa nova fase do constitucionalismo, especialmente com a criação do Tribunal Constitucional Federal, cujas decisões contribuíram significativamente para o crescimento científico do Direito Constitucional nos ambientes de tradição romano-germânica. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 promoveu o reavivamento do constitucionalismo pátrio, além de possibilitar a instauração de um Estado democrático de Direito no país.

<sup>16</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). [...] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde [...].

concretude ao postulado positivado como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido por meio de políticas sócias e econômicas.

Com efeito, a integração constitucional de uma rede de ações e serviços em saúde que formatou o Sistema Único significou uma franca alteração de paradigma no que toca ao modelo de prestação de saúde pública que se operava no país anteriormente a redemocratização, modelo que atendia apenas indivíduos vinculados ao mercado de trabalho formal, excluindo boa parte da sociedade do acesso aos referidos serviços públicos. A CF/88 universalizou o direito à saúde, tutelando a todos os brasileiros, dentro de uma sistematização regionalizada e hierarquizada. Por esse motivo, a estrutura jurídica conferida ao SUS foi de amplo significado histórico, eis que se passou de um modelo privatista e excludente para um sistema público de acesso universal, com diretrizes expressas à ação estatal em relação a todos os Poderes instituídos:

Vale dizer, com a Constituição Cidadã todos os indivíduos, independentemente de suas condições pessoais, são protegidos pelo sistema de saúde. Não é mais preciso, portanto, possuir carteira assinada e contribuir para o órgão previdenciário para ter acesso às políticas sanitárias. Todo e qualquer cidadão brasileiro, inclusive estrangeiro que resida no Brasil, tem o direito de ser atendido pela rede do SUS (PIVETTA, 2013, p. 118).

Anteriormente à institucionalização do SUS, a prestação de serviços públicos de saúde ocorria, em geral, no âmbito do sistema previdenciário contributivo, ou seja, não era considerado propriamente um direito, mas sim um benefício previdenciário, ao lado da aposentadoria e do auxílio doença, por exemplo. Desta feita, os atendimentos eram limitados aos trabalhadores formais com carteira assinada (e seus dependentes registrados), e realizados em estabelecimentos públicos ou privados conveniados:

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, ele foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente a parcela da população que contribuía para a previdência social e privava a maioria da população ao acesso às ações de saúde, restando a elas a assistência prestada por entidades filantrópicas (BRASIL, 2007, p. 7).

Parte da população, desprovida de cobertura previdenciária, dependia de um atendimento com características mais assistencialistas, notadamente por meio de

entidades religiosas ou filantrópicas. O Ministério da Saúde e as Secretarias de Saúde dos Estados atuavam, em regra, apenas na prevenção e no atendimento de doenças de risco ou contagiosas. Diga-se que, de maneira esparsa, no entanto, ocorreram casos não-estruturados e não-sistêmicos de estados e municípios prestando atendimento mais direto da saúde.

Voltando-se ainda mais na história, aponta-se, na linha adotada por Barroso (2008), que somente entre 1870 a 1930 é que o Estado brasileiro adota algumas medidas mais efetivas no âmbito da saúde pública. Antes disso, com a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil, algumas poucas ações de combate à lepra e à peste foram realizadas, assim como algum tipo de controle sanitário, notadamente em portos e rua, haja vista a característica agrária do país e a preocupação centrada na qualidade dos produtos exportados.

Posteriormente, com o incremento da população que vivia nas cidades e por meio do uso intenso de força policial e de práticas de autoridade, viu-se o que se chamou de modelo *campanhista*<sup>17</sup> de atuação em saúde pública. Tal modelo teve ênfase no controle de doenças epidêmicas, obtendo êxito na erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro (a cidade sofria com recorrentes surtos de varíola e febre amarela), muito embora não tenha contemplado ações públicas curativas – que estavam adstritas aos serviços privados e à caridade:

O relato de tais passagens ilustra a forma como a saúde pública brasileira era tratada no início do século XX. O modelo *campanhista* privilegiava o combate às epidemias, como forma de se evitar que o contágio de doenças se alastrasse de maneira incontrolável sobre a população. Não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de “qualidade de vida” [...]. Ademais, a própria Constituição da República de 1891 não destinava qualquer tratamento ao direito à saúde (PIVETTA, 2013, p. 113).

Do ponto de vista histórico, destacou-se a atuação do médico Oswaldo Cruz, nomeado pelo governo de Rodrigo Alves (cuja adoção de medidas de “higienização” teve papel relevante), em 1903, para comandar a Diretoria Nacional de Saúde Pública. Nesse contexto, “a demanda sanitária passou a ser uma questão política” (MENDES, 2013, p. 125). O epidemiologista incrementou na época a estrutura de atenção à saúde pública brasileira, reformulando a gestão sanitária através, por exemplo, de registros demográficos (o que permitiu um melhor conhecimento acerca

---

<sup>17</sup> O uso do termo reflete a cultura militar, mediante trabalho organizado, disciplinado e, especialmente, autoritário.

da composição e das características da população), da utilização de exames laboratoriais (para auxiliar na atividade de diagnóstico etiológico) e da fabricação de produtos profiláticos para serem utilizados em grande escala.

Ocorre que, editada normatização acerca da campanha de vacinação contra a varíola, em 1904, muitas revoltas foram empreendidas pela população civil. Sabendo que somente “a vacinação maciça poderia controlar a doença, editou-se um regulamento sanitário que a tornou obrigatória”, de sorte que aqueles que se negavam à vacinação eram multados, assim como o atestado de recebimento da vacina era requisito para a matrícula nas escolas, para tomar posse em empregos públicos, para a celebração de casamento, dentre outros reflexos (PIVETTA, 2013, p. 112).

Desta feita, a falta de conscientização quanto aos reais efeitos da vacina aliada ao viés militar (autoritário) empregado à campanha de vacinação viabilizou a eclosão da chamada Revolta da Vacina, na capital carioca, “Oswaldo Cruz era o principal alvo da ira das pessoas – o médico chegou até a ser agredido e ameaçado de morte. Finalmente, a revolta foi sufocada pelas forças do Governo, que teve de mobilizar inclusive a Marinha para conter os revoltosos” (Op. cit. p. 113).

Com efeito, a partir da década de 30 é que se passa a ter algum tipo de estruturação da saúde pública como sistema. Nesse contexto foram criados os Institutos de Previdência, Instituto de Aposentadorias e Pensões– IAPS, pelo governo de Getúlio Vargas (substituindo as Caixas de Aposentadoria e Pensão–CAPS, datadas de 1923<sup>18</sup>) e também é instituído o Ministério da Educação e Saúde Pública. Foi um aparato montado para atender as categorias profissionais com vínculos previdenciários contributivos, ainda que se possa perceber aí a gênese de uma política nacional de saúde.

Ao longo do regime militar, os institutos de aposentadoria (IAPs) foram unificados e deu-se a criação do Instituto Nacional de Previdência Social-INPS (no ano de 1966), com os quais se vincularam, após instituição, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência de Serviços de Reabilitação da Previdência Social, de sorte que os trabalhadores urbanos com carteira assinada eram contribuintes e beneficiários desse novo sistema, os quais, assim, podiam

---

<sup>18</sup> Destacou-se como regulamentação inaugural de proteção social no Brasil o Decreto nº 4.682/1923, conhecida como Lei Eloy Chaves que também albergando prestações de direito à saúde. O Decreto disciplinou-se a atuação das “Caixas de Assistência e Pensão” (CAPs), que funcionavam como seguro social e eram criadas por grupos de trabalhadores.

contar com atendimento na rede pública de saúde. Pontua-se, no entanto, que esse sistema, ao priorizar a medicina curativa, mostrou-se incapaz de atacar problemas de saúde coletiva, como as endemias e epidemias, e, tampouco melhorou os indicadores nacionais de saúde (BARROSO, 2008).

Já em 1977<sup>19</sup> houve a criação no INAMPS-Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social, com o fim de atendimento aos segurados do INPS, cumprindo referir que na época “a capacidade instalada de hospitais próprios cobria apenas 30% dos segurados; então, terceirizou-se a assistência médica, via convênios com serviços privados e filantrópicos” (MENDES, 2013, p. 128). Na mesma linha, Weichert (2004, p. 144) registra que o INAMPS se pautou na compra de serviços dos hospitais privados, seguindo um modelo norte-americano.

Registra-se que o quadro de reduzida prioridade às políticas públicas em saúde fora objeto de articulação contrária já na década de 60, ocasião em que fora sufocado pela instauração do regime militar. Inclusive, havia muita repressão em âmbito de pesquisa sanitária, conforme se percebe do episódio denominado de “Massacre de Manguinhos”, em 1970, no qual o Presidente Costa e Silva demitiu dez pesquisadores da Fiocruz (que defendiam a pesquisa básica e a criação do Ministério da Ciência), sob a alegação de adotarem posturas subversivas. Não obstante, tais articulações foram se maturando nas décadas seguintes, já que expressivo contingente populacional que não integrava o mercado formal de trabalho ainda necessitava de caridade pública:

Já desde 1970, e ao longo da década, vinham se acumulando sinais da dinâmica da sociedade civil que, apesar da mordaza à participação, transgride a interdição, valendo-se até mesmo do restrito espaço da democracia de fachada oficializada pelo regime. Em 1970, 1974, 1978 e 1982, os resultados eleitorais, de forma crescente, vão pendendo para o lado da oposição consentida ao governo, expressando no Movimento Democrático Brasileiro – MDB a alteração da correlação de forças nos órgãos de representatividade nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados) (BRASIL, 2006, p. 37).

---

<sup>19</sup> O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal, foi criado em 1977, pela Lei nº 6.439, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas). O novo sistema transferiu parte das funções até então exercidas pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) para duas novas instituições. A assistência médica aos segurados foi atribuída ao INAMPS e a gestão financeira, ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas), permanecendo no INPS apenas a competência para a concessão de benefícios. O INAMPS foi extinto em 1993, pela Lei nº 8.689, e suas competências transferidas às instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde, criado pela Constituição de 1988 (FGV, [s/d], <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps>>).

Diante da ausência de universalidade dos serviços de saúde, da concepção privatista desse serviço, do desprestígio de medidas preventivas e de saneamento básico, os Departamentos de Medicina Preventiva de algumas universidades começaram a promover discussões a respeito da organização sanitária do país, notadamente a Universidade Federal Fluminense e a Universidade de Campinas, o que se evidenciou no início do movimento sanitarista brasileiro<sup>20</sup>. Segundo o Ministério da Saúde (2006, p. 41), o movimento sanitário, “vindo de algumas experiências da década anterior, inicia os anos 1980 propondo como linha tática a ocupação dos espaços institucionais e a formulação/implementação ativa de políticas de saúde frente à crise previdenciária do Estado”.

Para Pivetta (2013, p. 116) o Movimento Sanitarista operava em duas frentes complementares, uma através da constituição de novas teorias na esfera do saber médico e outra por meio de práticas médicas democratizantes, aproximando a academia da sociedade. Destarte, articulando uma série de atores sociais no debate acerca da saúde pública, o movimento eclodiu em um projeto ainda mais amplo denominado Movimento pela Reforma Sanitária, que teve como ponto alto de projeção a VIII Conferência Nacional de Saúde, conforme exposto abaixo.

Algumas insuficiências foram sendo supridas progressivamente a partir da formação de uma rede de serviços para a atenção primária de saúde, descanando-se as medidas ainda no ano de 1977 de reordenação do sistema de saúde com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social-SIMPAS, composto por diversos órgãos, dentre os quais o INPS. Apontam-se ainda o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento-PIASS, de 1976<sup>21</sup>, as Ações

---

<sup>20</sup> À época ganhou ênfase a aproximação desses Departamentos com o Partido Comunista Brasileiro e esses profissionais passaram a incorporar estudos de ciências sociais de viés marxistas à área da saúde, formando-se, de maneira silenciosa, um eixo de luta contra a ditadura militar, com o objetivo de democratizar os espaços de atuação institucionais. Assim, projetos de medicina comunitária foram implementados nas Prefeituras de Niterói (RJ), Campinas (SP) e Londrina (PR), locais nos quais a vitória do Movimento Democrático Brasileiro – MDB, nas eleições municipais de 1976, permitiu uma abertura às ideias dos pesquisadores. Destaca-se aí a figura do líder sanitarista David Capistrano Filho, pediatra com especialidade sanitarista com Sergio Arouca, então professor de Medicina Preventiva e Social na Faculdade de Ciências Médicas da Universidade de Campinas (Unicamp) e coordenador de um Projeto docente-assistencial, de apoio aos residentes da cadeira de medicina preventiva. David Capistrano, José Ruben de Alcântara Bonfim, José Augusto Cabral de Barros, Roseli Ziller de Araújo (residentes em 1974) e Francisco Campos (residente em 1975), integraram o grupo que formaria a CEBES-Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. David Capistrano, cujo pai era dirigente do PCB, tinham filiação ao PCB. Interessante produção sobre o período em: *A relação do Cebes com o PCB na emergência do movimento sanitário* (JACOBINA, 2016).

<sup>21</sup> O Programa foi instituído pelo Decreto-Presidential nº 78.307/76, estruturado a partir de então em duas bases: uma, através da máxima extensão de cobertura dos serviços de saúde, com prioridade na atenção das zonas rurais e pequenas comunidades e, duas, regionalização da assistência, com

Integradas de Saúde-AIS, em 1984 (que visava universalizar o atendimento ambulatorial e hospitalar, tornando os serviços mais acessíveis à população), e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde-SUDS, de 1987, convênio entre INAMPS e os governos estaduais.

Relata Mendes (2013) que em 1980 foi realizada a VII Conferência Nacional de Saúde, com o propósito de estender as ações de saúde através de serviços básicos/cuidados primários (proposta política objeto da reunião de Alma-Ata, havida em 1978). Nessa Conferência foram levantados elementos que serviriam de base para o Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde-PREV-SAÚDE, cujo anteprojeto primeiro já havia sido lançado em 1960, na ocasião do governo de João Figueiredo. As bases arrojadas do Programa contaram com oposição ferrenha de entidades privadas e instituições públicas sofreram drásticas modificações, restringindo-se, ao cabo, a uma reordenação no setor público como prestador de saúde e a criação do Conselho de Administração da saúde Previdenciária (CONAS), que elaborou o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde.

Posteriormente, a realização da VIII Conferência Nacional da Saúde, em março de 1986, estabeleceu efetivamente um marco histórico para as políticas públicas em saúde do país. Contou com a participação de técnicos da área da saúde, gestores públicos e sociedade civil, consagrando os princípios do Movimento da Reforma Sanitária – instituição de um sistema único centrado nos postulados da universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação social – e propondo um modelo de proteção integral. Essas iniciativas são a origem do atual Sistema Único de Saúde – SUS:

A luta pela Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização, em 1986, da 8.<sup>a</sup> Conferência Nacional de Saúde, evento que, pela primeira vez na história do país, permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde. A conferência foi norteadada pelo princípio da “saúde como direito de todos e dever do Estado”. Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros (BRASIL, 2007, p. 8, grifou-se).

Com efeito, foi no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte que se situaram os principais conflitos, haja vista que de um lado, situava-se os contrários a

expressão de alguns direitos sociais na dicção da nova Constituição e, de outro, encontravam-se os defensores da Reforma Sanitária<sup>22</sup>, que se aglutinam numa plenária nacional de entidades de saúde visando à inserção das propostas do movimento sanitário, especialmente as deliberações da 8ª Conferência Nacional de Saúde, no texto constitucional (BRASIL, 2006, p. 51).

Assim, o texto da CF/88 incorporou as principais diretrizes da 8ª CNS, na seção II, mas o detalhamento e regulamentação de tais diretrizes foram remetidos para a legislação complementar. Quanto à participação, o artigo 198 da referida seção II fixou: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; a integralidade de atendimento, priorizando-se ações preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade (BRASIL, 2007).

Dessa forma, na dicção da CF/88 a saúde passou a integrar o Capítulo II, do Título VIII (Da Ordem Social)<sup>23</sup>, integrando o *Sistema de Seguridade Social*, ao lado da previdência social e da assistência social, modificando, como exposto, o panorama da saúde pública nacional. Suas linhas diretivas além encontram-se também nas Leis Federais nº 8.080/1990, cujo artigo 1º assim dispõe “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado” e 8.142/1990, a qual dispõe “sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências”.

Conforme o Ministério da Saúde (2007), o SUS compreende hoje os seguintes princípios ético-políticos: a universalidade do acesso para toda a população, a integralidade da atenção (ações e serviços preventivos, curativos em todos os níveis de complexidade), equidade (promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades) e participação social nas instâncias de gestão. Já os princípios organizativos do SUS centram-se na intersetorialidade,

---

<sup>22</sup> A denominada Plenária Nacional de Saúde congregou parlamentares, entidades sociais, sindicatos, centrais sindicais, entidades profissionais, partidos políticos, secretários de saúde e de assistência social e desenvolveu um trabalho de mobilização e interlocução com o Congresso Nacional para fazer avançar a linha reformista.

<sup>23</sup> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

descentralização político-administrativa (cada esfera de governo detém atribuições próprias), hierarquização e regionalização, segundo níveis de complexidade e transversalidade (complementariedade e reforço recíproco entre órgãos, políticas e programas de saúde).

Desta feita, o art. 196, é inequívoco ao dispor que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, assentando o *princípio da universalidade*. Segundo Weichert (2004, p. 158) a universalidade possui a dimensão específica de que os serviços serão prestados a toda a população indistintamente que ao sistema público recorrer. Não são destinados, assim, apenas para a população carente (a exemplo de uma política de assistência social) ou somente àqueles que contribuem para a seguridade social (como uma prestação previdenciária).

Refere-se que o princípio da universalidade parece ser consentâneo com o da gratuidade do atendimento. A gratuidade carece de positivação constitucional, inobstante seja tratada como opção na Lei nº 8.080/90, que estabelece no seu artigo 43 que “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Entretanto esse não é, por exemplo, o pensamento de Pivetta (2013), para quem a universalidade NÃO tem correspondência automática com a gratuidade, eis que este termo, “gratuidade”, não estaria ligado à ausência de custo para a materialização do direito, já que todos os direitos, em dada medida, são custosos<sup>24</sup>. Para embasar essa reflexão:

[...] a universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde impõe a garantia de que ele seja oferecido a todos os que dele necessitarem, o que não significa que todos poderão fruí-lo exatamente da mesma forma, sendo possível a cobrança pautada no critério do poder aquisitivo e da capacidade econômica do cidadão. A base jurídico-constitucional para essa afirmação não se encontra somente na ausência de previsão expressa da gratuidade como diretriz do Sistema Único de Saúde. Ela deriva de uma das concepções de justiça social que é agasalhada pela Constituição brasileira de 1988. Conforme premissa lançada em outro estudo, ao qual se remete para evitar repetições,<sup>80</sup> para que se promova o desenvolvimento não basta que o Estado assegure a igualdade de oportunidades, fornecendo o

<sup>24</sup> O tema dos custos dos direitos – presente não somente nos direitos prestacionais, mas também nos direitos negativos, como os de liberdade política, dada a necessidade de manter instituições e agentes públicos de policiamento e jurisdição – já de longa data encontra-se no debate sobre direitos fundamentais, principalmente sob a ótica da reserva da possível. Contudo, vem ganhando novo destaque com o estudo do custo das escolhas que residem no centro de uma estrutura estatal, por Holmes e Sunstein (1999). No Brasil, vale-se de Galdino (2005) para a análise de que todos os direitos tido habitualmente como negativos ou de defesa, dependem tanto de prestações estatais positivas como todos os outros direitos sociais.

mínimo necessário para que todos os cidadãos se encontrem no mesmo ponto de partida. É crucial que ele proporcione simultaneamente uma igualdade de posições, reduzindo as distâncias existentes entre as diferentes posições sociais (HACHEM, 2014, p. 154, grifou-se).

Já o art. 198<sup>25</sup>, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma *rede regionalizada e hierarquizada*. Isso é, o SUS, apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, constitui um sistema que estrutura todas as ações e serviços de saúde pública nacional, de sorte que as redes federais, estaduais e municipais de saúde são ordenadas e coordenadas segundo tais diretrizes constitucionais:

Assim, compete ao SUS a articulação de todos os serviços públicos de saúde existentes no país, eis que ao atuar de forma ordenada, são otimizados os recursos escassos em cada nível de federação, evitando a sobreposição de estruturas. Por exemplo, “não há, efetivamente, necessidade de grande número de hospitais de alta complexidade, ou seja, de os Municípios os manterem, sendo esta tarefa mais afeta aos Estados, que têm o domínio regional da situação da saúde” (WEICHERT, 2004, p. 165).

A *descentralização*, prevendo a transferência da esfera federal para a estadual e municipal, com direção única do sistema, apresentada no inciso I, do art. 198, se configura em uma estratégia para minimizar as desigualdades regionais. Funciona, ademais, como um princípio e como uma regra, “é princípio que se articula com o da regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelos Municípios” (Op. Cit., p. 166), sendo a regra a direção única. Esta é exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (em não existindo, pelo Prefeito). As competências das direções em cada esfera federativa no que tange ao SUS são minudentemente discriminadas nos arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080/90, que, conforme exposto, instituiu o SUS em todo território nacional.

---

<sup>25</sup> 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.

Também, refere-se à descentralização de recursos financeiros e de poder aos demais Entes federados.

A *direção única* se relaciona com a *hierarquização*, haja vista que, à União, em termos gerais, cumpre planejar e fiscalizar a política nacional de saúde; repassar verbas aos Estados e Municípios; coordenar os atendimentos de alta complexidade e os laboratórios públicos; transferir medicações complexas, e aos Estados, adaptar a política nacional de saúde às peculiaridades regionais, coordenando as ações em seus municípios; repassar verbas aos Municípios e gerenciar e prestar os atendimentos de alta complexidade e média complexidade. Aos Municípios, portanto, compete a execução dos serviços da atenção primária que são prestados principalmente nas Unidades Básicas de Saúde e têm o objetivo de atender a maioria dos problemas de saúde da população sem que haja a necessidade de encaminhamento para outros serviços de maior complexidade<sup>26</sup>.

Também, segundo Pivetta (2013) a *rede hierarquizada*, indica o escalonamento da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos. Assim, a hierarquia do sistema é elaborada a partir de uma sucessão de três graus: o atendimento primário, o atendimento secundário e o atendimento terciário, modelo, inclusive, recomendado pela Organização Mundial de Saúde<sup>27</sup> e pela Organização Panamericana de Saúde<sup>28</sup>, por viabilizar um planejamento mais adequado e maior eficiência na gestão dos recursos públicos.

Já a *regionalização* aponta para a necessidade de se repartir a organização do sistema a partir de circunscrições regionais, que não levam em consideração

---

<sup>26</sup> As especificidades atinentes à gestão municipal da Atenção Primária à Saúde no âmbito dos Municípios do Rio Grande do Sul serão objeto de análise apartada no item 1.4 e seguintes, dessa pesquisa.

<sup>27</sup> Resumidamente, a cooperação internacional em saúde teve início com a primeira Conferência Sanitária Internacional, em Paris, em 23 de julho de 1851. Em abril de 1945, durante uma conferência para a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em São Francisco, representantes do Brasil e da China propuseram o estabelecimento de uma organização internacional de saúde e a convocação de uma conferência para estruturar sua constituição. O preâmbulo e o artigo 69 da Constituição da OMS prevêem que a OMS deveria ser uma agência especializada das Nações Unidas, e o artigo 80 diz que a Constituição entraria em vigor quando 26 membros da ONU a ratificassem. Isso aconteceu em 7 de abril de 1948, quando 26 dos 61 governos ratificaram sua assinatura, e a comissão interina continuou o trabalho anteriormente desenvolvido pela Organização de Saúde da Liga e da OIH (OMS, [s/d], <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>).

<sup>28</sup> Representação da Organização Mundial da Saúde (OMS) nas Américas. A integração às Nações Unidas acontece em 1949, quando a entidade se torna o Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial da Saúde, criada no ano anterior. Em 1950, passa a fazer parte do sistema da Organização dos Estados Americanos.

apenas critérios geográficos, estando na contingência da complexidade dos problemas sanitários brasileiros. Assim, a organização das circunscrições regionais considerará as especificidades e demandas de cada região na área da saúde, a proposta por trás dessa divisão é de que a administração local, conhecedora dos problemas de sua região e com a experiência das práticas lá já adotadas, pode melhor exercer a gestão (PIVETTA, 2013, p. 119-120).

O princípio da *integralidade* diz com a garantia de fornecimento, para todos os níveis de complexidade de assistência, ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, eis que uma concepção ampla de saúde (que abranja as condições de bem-estar físico, mental e social) é trazida no âmago do texto que constitui a Organização Mundial de Saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Nesse ponto a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), igualmente traz a especificação desse postulado, indicando no inciso II do art. 7º, que a integralidade na assistência compreende “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Consectário da formação do SUS foi também o ideário de *participação popular* como forma de assegurar a efetividades das políticas públicas de saúde e como forma de exercício do controle social. Os canais de participação popular na gestão do SUS devem estar nas esferas respectivas dos Entes federados. Conforme dispõe Weichert (2004), como instrumento de democracia participativa, a participação social no SUS garante à população espaço direto na formulação, implementação, gestão e controle de uma política pública, afastando as práticas paternalistas e desenvolvendo o senso de responsabilidade comum. Desta feita, “a inserção da sociedade no âmbito interno dos órgãos de formulação da política de saúde reverte a prática de tomada de decisões com base apenas em visões técnico-burocráticas, distantes das reais carências da população” (WEICHERT, 2004, p. 170)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> O Autor (Op. cit., p. 160, 178, 180 e 183), outros princípios (explícitos e implícitos) que orientam a gestão do Sistema Único, dentre os quais a igualdade, a proibição de comercialização de órgãos (§ 4º do art. 199, CF/88), preservação da autonomia da pessoa na defesa da integridade (a pessoa que recebe assistência médica tem o direito a não concordar com os procedimento clínicos ou cirúrgicos propostos pelas equipes médicas, podendo-se recusar a ser a eles submetidos) e direito à informação (todas as informações sobre o estado de saúde e o tratamento realizado devem ser facultadas ao paciente ou seu responsável).

Reitera-se que o SUS foi gestado de um processo de maturação social, alinhado com um projeto de Estado de Bem-Estar Social. Ou seja, é fruto de uma narrativa avessa aos ideais mais contemporâneos de esvaziamento dos compromissos sociais do Estado em áreas como saúde. Diz-se isso porque esse trabalho, conforme já exposto, reconhece que a despeito das orientações mais ideológicas acerca da concepção de Estado que se busque adotar a cada renovação governamental, a gênese do SUS não se pauta em um consumo individual de saúde, mas sim em pressupostos mais universalizantes.

Nesse sentido, a consolidação de um Sistema Único, em âmbito constitucional e normativo – aprioristicamente apto a responder aos anseios sociais e a corporificar os princípios que lhe orientam – não é suficiente para a garantia de acesso da população a esses serviços e muito menos que se assegure a sua efetividade. Isso quer dizer que a conquista jurídico-política de institucionalização dessa relevante política pública está adstrita a inúmeros fatores de viés social, jurídico, institucional e especialmente econômico-financeiro, que influenciam direta ou indiretamente na fruição desse direito.

Adentra-se aqui no âmbito do que se tem chamado de escolhas trágicas, isso é, embora os custos não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, o fato é que eles não podem ser desconsiderados nas discussões que envolvam direitos fundamentais (nem para servir de fundamento para a tutela integral de direitos individuais e tampouco para ser fundamento da tutela meramente parcial de direitos sociais<sup>30</sup>), já que os recursos são limitados e as escolhas públicas, verdadeiramente trágicas (GALDINO, 2005, p. 230). Ou seja, implementar direitos significa alocar recursos orçamentários, da mesma forma que a alocação de recursos define quais direitos serão privilegiados em detrimento dos demais. Tais decisões se pautam de acordo com os critérios de justiça de dada comunidade jurídica, e por isso:

[...] É que se defende que o modelo a ser adotado no Brasil deve contemplar critérios racionais que, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público (LIMA, 2010, p. 248).

---

<sup>30</sup> Registra-se que o reconhecimento dos custos e da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da diferenciação entre direito positivo e negativo. Esta categorização impede a visão de que, levando em consideração os custos, também os direitos negativos podem ser sacrificados em detrimento dos sociais (GALDINO, 2005).

Considerando esse pressuposto, muito embora quando da promulgação da CF/88 não houvesse regras detalhadas sobre o financiamento da saúde dentro dos três níveis federativos, ressalta-se, conforme dispõe Maurício Jr (2009), o Estado brasileiro não se reconduz a um Estado patrimonial, que financia as suas despesas através da exploração do próprio patrimônio, como ainda ocorre, por exemplo, nos Estados petrolíferos. Sendo um Estado Democrático e Social eminentemente fiscal, que extrai recursos de que necessita mediante a tributação de riqueza da própria sociedade, o Brasil tem suas prestações estatais, em regra, financiadas pelos contribuintes, devendo-se evitar uma visão isolada dos direitos sociais como oriundos do dever Estatal de *socialidade*:

Fornecer prestações estatais equivale a realizar despesa pública, e a Constituição dedica integralmente o Capítulo II do Título VI à disciplina dos gastos públicos, colocando o orçamento no centro do processo governamental de alocação de recursos. Assim, se os direitos têm custos e se desenvolvem na medida das disponibilidades de recursos públicos, o orçamento passa a ocupar uma posição central na implementação de políticas ligadas à realização de direitos à prestações estatais (MAURÍCIO JR, 2009, p. 20).

Com efeito, as especificações acerca do financiamento estatal dos serviços públicos de saúde ocorreram em longo processo de evolução normativa, tateando por um projeto de pacto federativo e operando em face dos limites fáticos de recursos. Nesse contexto, Pinto e Sarlet (2015) frisam que a vulnerabilidade fiscal dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, tem sido um óbice concreto à sua plena efetividade desde o nascedouro da CF/88. Destaca-se dois pontos tido como relevantes ao longo do curso histórico, antes de explicar as atuais regras de financiamento estatal (ou subfinanciamento como registram alguns) dos serviços públicos de saúde.

Primeiro, interessa discutir a alocação da saúde como parte da Seguridade Social. Na ordem constitucional, o orçamento público passou a ser dividido em três peças, como previsto no art. 165, § 5º: orçamento fiscal (todas as receitas e despesas dos Poderes, fundos, órgãos e entidades que não estiverem nas outras duas peças), orçamento de investimento das empresas públicas, e orçamento da seguridade social (contemplando saúde, assistência social e previdência). Portanto, a partir de 1988 a saúde passou a competir diretamente por recursos com a assistência social e a previdência.

Tal arranjo, entretanto, de pronto, revelou-se instável, eis que, já em 1993, o desequilíbrio financeiro foi de tal monta que deixaram de haver recursos no orçamento para a saúde. Como primeira forma de resolver essa situação, logo naquele ano foi editada a Medida Provisória n. 364/93, convertida na Lei Federal n. 8.736/93, pela qual os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) foram transferidos para saúde em troca da emissão de títulos da dívida pública para aquele Fundo; tal situação de viria a se prolongar ainda por muitos anos.

Assim, a integração constitucionalmente prevista, consagrando a saúde como parte integrante de um sistema de seguridade social ao lado da previdência e da assistência social, ao que tudo indica, só teria funcionado adequadamente se houvesse, além de um orçamento conjunto, uma gestão efetivamente una, que priorizasse harmonicamente as esferas. Inobstante, as três subáreas foram gradativamente regulamentadas por leis distintas e institucionalizadas em ministérios respectivos, com receitas igualmente estipuladas de forma separada:

O financiamento tem se constituído preocupação permanente dos gestores e de todos os envolvidos diretamente com a construção do SUS, tornando-se tema constante em todas as discussões das instâncias gestoras, tendo em vista que esse sistema desde a sua concepção está inserido no Sistema de Seguridade Social, Inspirado em padrões conceituais do estado de bem-estar social (CONASS, 2015, p. 12).

Em suma, operou-se uma quase completa “independência administrativa e financeira, não obstante o sistema em sua origem tivesse forte apelo à criação de um único ministério, financiado por um orçamento da seguridade social, autônomo do orçamento fiscal e estabelecido por um conselho nacional” (SENADO FEDERAL, 2013, p. 13). Havendo então a independência, e conseqüente competitividade entre as áreas, inevitável que o resultado fosse a disfunção já exposta.

Um segundo aspecto que cumpre esclarecer foi a experiência de criação de tributo específico para custeio da saúde. Em face da grave de insuficiência de recursos repassados para essa área (especialmente com o consumo de valores da seguridade pela previdência), em 1996 adotou-se a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF). Para tanto, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº. 12, de 15 de agosto de 1996, e a regulamentou pela Lei nº 9.311/1996.

Entretanto, a medida adotada não aumentou a participação de recursos na saúde, pois o estudo da evolução das despesas aplicadas nesse campo mostra apenas que, havendo uma fonte segura de recursos vinculados, os gestores públicos deixaram de alocar recursos livres para tal fim. Desse modo, a CPMF acabava por não custear a saúde, mas apenas permitir que recursos que seriam da saúde fossem alocados para outros fins, fazendo, portanto, custeio indireto de outras áreas<sup>31</sup>.

Com efeito, tendo a CF/88 contemplou apenas a regra de que haveria participação dos três níveis federativos no financiamento dos serviços públicos. Destarte, o §1º do art. 198<sup>32</sup>, já exposto, positivou que o financiamento para a saúde

---

<sup>31</sup> Vale ainda destacar que tendo a CPMF sido vista como uma fonte segura de recursos, os governos buscaram subseqüentemente ampliar sua vigência com sucessivas prorrogações: sua vigência foi reestabelecida pelas Emendas Constitucionais nº. 21/1999 (pela qual passou a custear também aposentadorias, pensões e combate a pobreza), nº. 37/2002 e nº. 42/2003. Foi ainda apresentada a PEC nº. 89/2007 buscando outra prorrogação, mas não foi aprovada. O conhecimento dos efeitos que a instituição da CPMF provocou, enquanto esteve vigente, é bastante relevante no momento atual, em que ainda se apresentam propostas para recriá-la.

<sup>32</sup> 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: [...] § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006) § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento

fosse aportado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, sem estabelecer percentual mínimo.

Assim, a Emenda Constitucional nº 29, de 2004, discriminou a origem dos recursos que financiariam a saúde sob responsabilidade dos entes federados (art. 198, § 2º, II e III, da CF), estabeleceu as bases para a participação mínima de cada ente federado, e dispôs acerca da necessidade de edição periódica de lei complementar para fixar e revisar os percentuais de vinculação dos recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde por parte dos entes federados, assim como para estabelecer os critérios de rateio, de fiscalização de controle dos recursos (vide art. 198, §3º, da CF)<sup>33</sup>:

Em face da crise econômica premente em 1999 e 2000, soou como circunstancialmente justificável a falta de disposição direta no texto permanente da Constituição dos patamares mínimos de gasto público em saúde, na forma do parágrafo 2º do Art. 198, introduzido pela EC nº 29. Passados dez anos da promulgação dessa Emenda e cinco anos depois de esgotada a fórmula transitória do Art. 77 do ADCT, o financiamento estatal das ações e serviços públicos de saúde ainda se ressentia da técnica legislativa adotada na circunstância histórico-política da edição da Emenda nº 29 (PINTO; FLEURY, 2012, p. 66).

Com efeito, a EC nº 29/2000 somente foi regulamentada em janeiro de 2012 por meio da Lei Complementar nº 141/2012, que finalmente definiu expressamente, no art. 1º, o valor mínimo e normas de cálculo do montante a ser aplicado, anualmente, pela União, e os percentuais o produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Além disso, a Lei Complementar nº 141/2012 descreveu quais despesas poderiam ser consideradas como sendo de “ações e serviços públicos de saúde”, resolvendo outra celeuma que vinha se arrastando, pois alguns entes escrituravam como sendo de saúde dispêndios que nem todos classificavam desta maneira, como os de nutricionista escolar ou de varrição urbana.

---

dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006).

<sup>33</sup> Isso se deu a partir de uma regra temporária inserta no art. 77 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, segundo a qual deveriam ser aplicados, ao menos, 12% da receita corrente líquida para Estados e 15% para municípios. Já a União ficou ainda mais dependente de regulação posterior, devendo apenas por hora alocar, em 2000, 5% a mais do que em 1999 e nos anos seguintes devendo aplicar correção nominal conforme a variação do Produto Interno Bruto.

Essa normatização importou na aplicação do piso constitucional, conferindo eficácia à EC nº 29/2000, e garantindo um mínimo de financiamento permanente para o setor. Ademais, a LC nº 141/2012, introduziu um componente qualitativo na análise do gasto de saúde, com a fixação de regras, diretrizes e condições para identificação de despesas passíveis de serem consideradas como “ações e serviços públicos de saúde”, reduzindo a subjetividade e contribuindo para aproximar as despesas do setor à intenção original do constituinte da EC nº 29, de 2000.

Por longo período, da edição da EC nº 29/2000 até a EC nº 86/2015<sup>34</sup>, não houve nenhuma correlação entre o comportamento progressivo da receita federal com o seu volume de gastos no SUS, haja vista que o critério normativo de gasto mínimo a ser vertido pelo Governo Federal para as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) sempre cuidou de manter o patamar do ano anterior corrigido tão somente pela variação nominal do PIB, o que ocasionou o estabelecimento de uma vinculação estagnada do gasto federal em saúde.

Destarte, apenas a partir do exercício de 2016 com a Emenda Constitucional nº. 86, que a União passou a ter a obrigação de gastar porcentual incidente sobre sua receita corrente líquida, e mesmo assim, haverá escalonamento de índices mínimos ditos “progressivos”, para que — em 2020 — seja possível chegar ao novo patamar de 15% da receita corrente líquida federal para a política pública de saúde (PINTO, 2015). Ademais, estabelecendo a Lei nº 8.080/90<sup>35</sup> que o processo de planejamento e orçamento do SUS seja ascendente (nível local até o federal), as necessidades da política de saúde locais deveriam ser necessariamente compatibilizadas com a disponibilidade de recursos.

De relevância também sobre os problemas de custeio do SUS, são os estudos que demonstram que a Desvinculação de Receitas da União (DRU), disciplinada no art. 76 da ADCT<sup>36</sup>, e mantida pelo governo a mais de vinte anos,

---

<sup>34</sup> A EC nº 86, de 17 de março de 2015 foi oriunda da PEC 358/2013, também designada de “PEC do Orçamento Impositivo”. Estabeleceu um piso para o gasto mínimo federal na área da saúde: 15 % da receita corrente líquida-RCL, piso a ser alcançado escalonadamente ao longo dos cinco anos seguintes.

<sup>35</sup> Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

<sup>36</sup> Em 1994, demonstrando a prioridade das medidas de ajuste fiscal, o governo criou o Fundo Social de Emergência, hoje denominado Desvinculação de Receitas da União (DRU) que passou a retirar parte das receitas destinadas à seguridade social e à descentralização – receitas do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) (IPEA, 2013).

acaba por reduzir as fontes vinculadas nas receitas que poderiam suportar as despesas com saúde. Ademais, esse fato gera um patamar errôneo de reserva do possível nas leis orçamentárias federais. Interessante observação cotejando o financiamento da saúde e educação:

Com a progressiva extinção da desvinculação de receitas da União para as ações federais de manutenção e desenvolvimento do ensino, indiscutivelmente o arranjo constitucional protetivo da política pública de educação se beneficiará com a expansão da sua base quantitativa inicialmente conquistada de financiamento estatal. O mesmo não se sucede com a saúde, paralisada por mais de uma década pela discussão e mobilização em prol da regulamentação da Emenda nº 29, na forma do parágrafo 3º do Art. 198 (PINTO; FLEURY, 2012, p. 68).

Em suma, desde a institucionalização do SUS até o momento, não se vislumbra um arranjo de financiamento estruturado, sendo inquestionável que os contornos vêm se delimitando a duras penas ao longo dos anos, mediante complexas dificuldades que se operam especialmente no âmbito do pacto federativo.

Em verdade, o que se percebe é um desequilíbrio do financiamento, que pode ter suas origens na normatização insuficiente e na capacidade arrecadatória reduzida dos Entes que estão mais diretamente onerados – municípios. Isso, pois, desde a Emenda Constitucional nº. 29/2000 houve a imposição de mínimos de aplicação para estes em elevados percentuais de receita tributária, ao passo que para a União, até 2016, somente competia aplicar o mesmo valor que no exercício anterior com correção pelo crescimento econômico.

Entretanto, o cenário atual não parece auspicioso nesse sentido, a despeito da já referendada EC nº 86/2016, em decorrência da PEC 214, apresentada em 15/06/2016, visando alterar o ADCT e instituir um novo regime fiscal, o que foi acatado pelo Parlamento, sendo a PEC 241 transformada na EC 95/2016. Com a promulgação da nº 95/2016, instituiu-se a limitação de gastos por vinte exercícios financeiros, restringindo o incremento global das despesas, de sorte que há forte receio de que serão ainda mais insuficientes os recursos federais para a saúde.

Isso porque havendo o congelamento do total das despesas, e com a previdência tendo um crescimento vegetativo natural, tal resultado seria inevitável sem um aumento das receitas, revisão da regra constitucional de reforma, ou reforma previdenciária. Destarte, a situação de insuficiência de recursos para saúde que perdura desde 1988 (para não se falar de antes), só seria regularizada a partir de 2020 – e isto se as normas de reforma fiscal o permitirem. Diante desse quadro

de constante falta de aplicação de verbas federais em direito fundamental social de tal grandeza, apesar de ser necessária cautela e autorestrição ao se ponderar o princípio da vedação a proteção insuficiente, não se pode deixar de concluir que a União está deixando de realizar a prestação de serviços adequada, o que repercute diretamente no âmbito da prestação municipal.

Além disso, a estruturação do SUS gera ruídos entre União e Municípios em questões que envolvem controle *versus* autonomia. Conforme exposto, diversas funções competem aos segundos, especialmente na prestação direta de serviço ao cidadão, em contraste com a referida participação reduzida que estes Entes têm na repartição de receitas.

As transferências governamentais, portanto, desempenham papel central no suporte dessas políticas públicas nos Municípios. Tais transferências essencialmente se distinguem entre os convênios e transferências fundo a fundo. Os primeiros são avençados entre entes federativos nos quais são definidas destinações e regras para os valores a serem repassados, com posterior prestação de contas. Já as transferências fundo a fundo são um mecanismo de repasse automático, no qual os valores são enviados do Fundo Nacional da Saúde para os fundos estaduais e municipais dando-lhes assim, em tese, maior autonomia. O segundo modelo logo se destacou por diminuir a burocracia envolvida, aumentar a agilidade, e repassar o microgerenciamento dos recursos para os Executivos municipais.

Para superar a falta de uma legislação inicial que impediam que essas transferências ganhassem força (na tramitação legislativa da Lei Federal nº.8.080/90, que disciplina a política nacional de saúde, os artigos relacionados foram vetados, restando apenas o art. 35), foi editada a Lei Federal nº. 8.142/90, e editadas as Normas Operacionais Básicas do SUS (NOB-SUS 1/91, 1/93, e 1/96) que definiram o sistema de habilitação – conjunto de níveis de exigências e responsabilidades que um Município deve cumprir para passar a receber os repasses automáticos. O resultado foi um enorme sucesso, com quase todos os Municípios aderindo em algum nível de habilitação.

Para aprimorar o sistema, foi editada a Portaria MS nº. 204/2007, a qual estabeleceu que as transferências fundo a fundo de recursos federais seriam dentro de um conjunto de seis contas únicas e específicas diferenciadas por bloco de

financiamento<sup>37</sup>. A título de exemplo, abaixo demonstra-se as transferências federais ao Fundo Municipal de Saúde de Porto Alegre, em 2016:

**Tabela 01: Transferências federais ao Fundo Municipal de Saúde de Porto Alegre**

Total de Repasses por Bloco			
Bloco	Valor Total	Valor Desconto	Valor Líquido
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	R\$ 27.552.954,60	R\$ 0,00	R\$ 27.552.954,60
ATENÇÃO BÁSICA	R\$ 69.808.473,66	R\$ 6.115.610,00	R\$ 63.692.863,66
GESTÃO DO SUS	R\$ 230.000,00	R\$ 0,00	R\$ 230.000,00
INVESTIMENTO	R\$ 1.498.200,00	R\$ 0,00	R\$ 1.498.200,00
MÉDIA E ALTA COMPLEXIDADE AMBULATORIAL E HOSPITALAR	R\$ 1.537.354.572,60	R\$ 255.699.108,57	R\$ 1.281.655.464,03
VIGILÂNCIA EM SAÚDE	R\$ 34.179.232,69	R\$ 824.984,01	R\$ 33.354.248,68
<b>Total Geral</b>	<b>R\$ 1.670.623.433,55</b>	<b>R\$ 262.639.702,58</b>	<b>R\$ 1.407.983.730,97</b>

Fonte: CONSULTAFNS, <<http://consultafns.saude.gov.br/#/consolidada>>.

Apesar dos benefícios no sistema fundo a fundo, continuava, em regra, predominante os repasses por convênio. Isso porque o sistema de convênios permite uma atuação da União de forma a direcionar os Municípios para a realização dos programas que crê mais necessários. Por exemplo, a partir da decisão técnica da União de que os Executivos Municipais centrassem seus serviços no Programa Agentes Comunitários da Saúde-ACS foi desenvolvido o atual Estratégia Saúde da Família-ESF, ao qual as prefeituras podem aderir por convênio e passam a fazer jus a verbas relacionadas.

Evidentemente, há grande adesão aos Programa; mas se as verbas fossem repassadas fundo a fundo, a União não teria nenhuma ingerência, em tese, em onde e de que forma seriam aplicadas. Essa relação de direcionamento indireto da União, conhecida por alguns como “descentralização tutelada”, é não somente uma realidade corriqueiramente posta, como também de possível intensificação na prestação pública de serviços de saúde no Brasil, cujo resultado é a crescente

<sup>37</sup> A Portaria MS nº 204/2007 estabeleceu os blocos de financiamento conforme segue: Art. 4º Estabelecer os seguintes blocos de financiamento: I - Atenção Básica II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; III - Vigilância em Saúde; IV - Assistência Farmacêutica; e V - Gestão do SUS. VI - Investimentos na Rede de Serviços de Saúde [...]. Além do previsto na Portaria MS nº 204/2007, há a Lei Federal nº 12.994/2014, que regulamenta as funções de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias e prevê repasses da União aos entes subnacionais para o suporte de tal despesa.

mobilização dos Gestores municipais por mais autonomia, o que se deu inclusive pela organização em torno do SUS Legal, conforme se exporá.

Com efeito, os convênios deveriam ser usados como exceção, pois estão intimamente ligados com microgerenciamento excessivo pela União e conseqüente prejuízo a eficiência e efetividade dos serviços públicos de saúde. Assim, deveriam ser aplicados apenas em projetos estratégicos especiais, que façam parte do núcleo de uma política pública nacional de qualidade, e ainda dotados de maior estabilidade para diminuir as incertezas que afligem as prefeituras sobre os futuros fluxos de recursos.

A isso se alia outro conturbado aspecto na sistemática de transferências a apontar que, mesmo no sistema fundo a fundo, a existência dos seis blocos representa a restrição da discricionariedade dos gestores locais, eis que, por exemplo, não poderiam eles alocar recursos de investimentos ou assistência farmacêutica para atenção básica ou vigilância. Visando a redução da insatisfação, está sendo debatido um novo modelo de repasses chamado “SUS Legal”, no qual haveria apenas duas modalidades de repasse, o custeio e o financiamento, e eliminaria ainda formas alternativas de remessa.

Esta proposta, para os seus defensores, formalizaria o planejamento ascendente do SUS, dando maior autonomia aos gestores municipais ao planejarem e manejarem ações de acordo com as realidades locais, eis que no modelo a partir de seis blocos, alguns recursos federais restavam paralisados. Essa possibilidade aparenta ser vantajosa, apesar de ainda incertas suas conseqüências práticas, que podem vir a representar uma abertura ainda maior à famigerada “terceirização da saúde básica” a entidades privadas e, portanto, incentivar (a já precária) redução do controle e da transparência sobre os recursos/despesa pública.

Em síntese, essa é a essência da disputa gerencial entre União e Municípios. Estes têm menos autonomia para decidir, mesmo podendo identificar melhor os problemas da comunidade. Também, não têm segurança quanto a eventual interrupção de programas (perigo natural num sistema presidencialista e que pode ser desastroso quando já houve admissão de servidores). De qualquer sorte, considerando o universo de 5.500 municípios brasileiros, a maioria de pequeno porte, longínquos e com graves deficiências de gestão, não se entende por desarrazoada a interferência da União.

Diga-se que a opção dos governos locais para atender a ampliação de cobertura tem sido aberta a ideia de não executar os serviços diretamente, mas financiá-los. “Nesse sentido, então, a política pública voltada para a saúde incentivou o desenvolvimento do mercado privado de saúde, tanto pela compra de serviços quanto pelos subsídios do governo para construção de unidades” (MENICUCCI, 2014, p. 79). Assim, vale-se de Leal (2008), para afirmar-se aqui que, em âmbito de saúde pública, dá-se a existência daquilo que chamamos de políticas públicas constitucionais vinculantes, entendidas como ações que o Texto Político atribui aos poderes estatais, e à comunidade como um todo, como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais. Em síntese extremada, ainda que o direito à saúde não se concretize somente por meio de uma política constitucional, está é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado.

Á luz do exposto, diga-se que resta inquestionável que os Municípios são os Entes que assumiriam ao longo dos últimos anos a maior parte do ônus fiscal com os gastos em saúde – em face, como exposto, da regressividade do gasto federal nesse campo e, inclusive, da pressão a que estão expostos diante da intensa judicialização do direito à saúde a impactar profundamente seu orçamento.

Assim, o incremento das despesas municipais em saúde para além do mínimo constitucional – e proporcionalmente a mais que os demais Entes – não se trata, em regra, de uma opção da gestão municipal, mas é o resultado de esta se ver compelida a tal medida, diante da realidade local, das demandas judiciais por medicamentos e procedimentos e, em face “dos próprios custos subestimados das transferências voluntárias feitas pela União para a execução descentralizada de ações e serviços públicos de saúde” (PINTO, 2015, p. 1).

Tal realidade é demonstrada, por exemplo, através dos gastos em saúde do Executivo Municipal de Porto Alegre no exercício financeiro de 2015, os quais atingiram 26,72% do total de despesas realizadas na ótica da *despesa por Função de Governo*. Tal montante, que alcançou a cifra de R\$ 1,45 bilhão, é superior, inclusive, à despesa com educação do Ente – que atingiu 15,82% no mesmo ano –, sendo, assim, a maior despesa do Município no exercício financeiro (POA, 2015, p. 31). Tal circunstância é demonstrada no processo de Inspeção Especial nº 4041-0200/16-5, instaurado no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul-TCERS, destinado a examinar a gestão municipal da Atenção Básica à Saúde

junto ao Município de Porto Alegre, nos exercícios de 2015 e 2016, cujo excerto do relatório auditorial transcreve-se:

A análise dos valores transferidos pela União e pelo Estado evidencia que o aporte de recursos à atenção básica tem ficado mais a cargo do Município. A União, a partir do exercício de 2012, paulatinamente tem reduzido a sua participação no financiamento. As transferências do Estado do RS, embora tenham apresentado incremento até o exercício de 2014, sofreram expressiva queda nos exercícios seguintes. Em decorrência do comportamento das transferências estaduais e federais, o Município de Porto Alegre obrigou-se a ampliar a sua participação no financiamento da atenção básica em saúde a partir do ano de 2012. Naquele ano, contribuía com 62,36%, passando a arcar com quantia que representa em torno de 74% do total aplicado nos últimos dois anos analisados (TCERS, 2016, p. 84).

Ademais, é relevante entender que em relação ao financiamento fundo a fundo, a Portaria MS nº 204/2007 estabelece para a definição dos recursos federais destinados ao bloco da Atenção Básica-AB<sup>38</sup> que este terá um Componente Fixo e outro Variável, a depender de cada municipalidade, conforme indicam as tabelas abaixo. Já, no que toca ao financiamento de origem Estadual à AB (eis que os Estados são responsáveis de maneira complementar aos Municípios), em regra, esse aporte se dá com base em incentivos adicionais aos programas federais, como por exemplo para estimular a ESF (para que seja implantada junto às UBS ou mesmo para que as equipes existentes sejam mantidas).

Em face da estruturação de divisão de competências entre os Entes governamentais junto ao SUS, aos Municípios compete o atendimento primário, a chamada de Atenção Básica-AB ou Atenção Primária à Saúde-APS<sup>39</sup>, instituída a

---

<sup>38</sup> Do Bloco de Atenção Básica Art. 9º O bloco da Atenção Básica é constituído por dois componentes: I- Componente Piso da Atenção Básica Fixo – PAB Fixo; e II - Componente Piso da Atenção Básica Variável - PAB Variável. Art. 10 O Componente Piso da Atenção Básica (PAB) Fixo refere-se ao financiamento de ações de atenção básica à saúde, cujos recursos serão transferidos mensalmente, de forma regular e automática, do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios. Art. 11. O Componente Piso da Atenção Básica Variável - PAB Variável é constituído por recursos financeiros destinados ao financiamento de estratégias, realizadas no âmbito da atenção básica em saúde, tais como: I - Saúde da Família; II - Agentes Comunitários de Saúde; III - Saúde Bucal; V - Fator de Incentivo de Atenção Básica aos Povos Indígenas; VI - Incentivo para a Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário; VII - Incentivo para a Atenção Integral à Saúde do Adolescente em conflito com a lei, em regime de internação e internação provisória; e VIII - outros que venham a ser instituídos por meio de ato normativo específico. § 1º Os recursos do Componente PAB Variável serão transferidos do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios, mediante adesão e implementação das ações a que se destinam e desde que constantes no respectivo Plano de Saúde.

<sup>39</sup> Segundo o Mais Médicos ([s/d], <<http://maismedicos.gov.br>>), “de cada dez vezes que alguém procura um serviço de saúde, em oito delas o problema pode ser resolvido na Atenção Básica”.

partir da Política Nacional de Atenção Básica-PNAB, Portaria nº 2.488/2011, do Ministério da Saúde.

Trata-se, então, da “porta de entrada” do SUS, funcionando como “referência” e “contrarreferência”: o cidadão sempre acessa o nível primário, que não apenas executa as atividades de menor complexidade, como também “referencia”, quando necessário, o paciente para os níveis mais complexos (PIVETTA, 2013, p. 120). A proposta por trás dessa divisão é de que a administração local, concedora dos problemas de sua região e com a experiência das práticas lá já adotadas, pode melhor exercer a gestão (art. 18 da Lei nº 8.080/1990):

[...] não há uma desvinculação com os demais níveis: pelo contrário, a atividades prestadas pelo Município devem estar concatenadas com o planejamento e a coordenação estadual e nacional. Aliás, o nível municipal é onde se inicia a estruturação e organização do sistema – a própria Lei nº 8.080/1990 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal, de modo a se compatibilizar as políticas de saúde com a disponibilidade dos recursos (art. 36 da Lei nº 8.080/1990). (Op. cit., 2013, p. 129).

Ademais, a PNAB<sup>40</sup> estabelece que os serviços de saúde prestados pela atenção primária sejam executados essencialmente nas Unidades Básicas de Saúde-UBS, com ou sem Estratégia Saúde da Família-ESF<sup>41</sup>, A implantação da Estratégia de Agentes Comunitários de Saúde-ACS nas UBS também se reveste em uma possibilidade para a reorganização inicial da atenção básica para a implantação gradual da ESF. Mais especificamente, a PNAB, dentre as suas diretrizes de melhorar as ações de AB, induz à mudança de modelo para a Estratégia de Saúde da Família, especialmente por meio de incentivos financeiros aos Municípios que adotam os programas preconizados pelo Ministério da Saúde.

---

<sup>40</sup> A PNAB também define e organiza as Redes de Atenção à Saúde-RAS, como forma de organização do SUS, às quais devem prestar atenção integral, de qualidade e resolutiva, a partir de redes poliárquicas e horizontais de atenção à saúde. Diga-se que até a recente adoção do modelo de RAS, o qual “acolhe e redefine os novos modelos de atenção à saúde [...] que têm se mostrado efetivos e eficientes no controle das condições crônicas”, a gestão do SUS era demasiado fragmentada, episódica e reativa, desconectada do atual cenário epidemiológico e demográfico nacional (CONASS, 2015).

<sup>41</sup> São itens necessários à estratégia Saúde da Família: I - existência de equipe multiprofissional (equipe saúde da família) composta por, no mínimo, médico generalista ou especialista em saúde da família ou médico de família e comunidade, enfermeiro generalista ou especialista em saúde da família, auxiliar ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde, podendo acrescentar a esta composição, como parte da equipe multiprofissional, os profissionais de saúde bucal: cirurgião dentista generalista ou especialista em saúde da família, auxiliar e/ou técnico em Saúde Bucal; [...] (BRASIL, 2011).

Mendes (2012) descreve a proposta de um novo ciclo que denomine Atenção Primária à Saúde-APS no lugar de Atenção Básica-AB, não apenas como alteração semântica, mas como uma nova forma de estruturar a APS, com a consolidação da ESF. Para o pesquisador, a institucionalização da ESF como estratégia do SUS traz reflexões em termos de pacto federativo, já que “ainda que a prestação de serviços da APS seja uma responsabilidade inequívoca dos municípios, a consolidação da ESF é uma tarefa que exigirá um esforço conjunto dos três entes federados” (MENDES, 2012, p. 106).

Feitas essas considerações, que vão desde a institucionalização do SUS no Brasil, passando por suas regras essenciais de financiamento distribuídas entre os Entes governamentais e pela divisão de competências, *cumprir refletir acerca da atuação de atores não estatais junto às competências municipais em face do SUS*, tendo como norte a abertura constitucional para a participação complementar do setor privado na prestação dos serviços públicos de saúde junto ao SUS. Indicada se faz a transcrição do dispositivo constitucional referenciado:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988, grifou-se).

A necessidade dessa reflexão advém da atuação crescente desses vínculos, os quais suscitam complexos paradoxos em âmbito jurídico, de controle, político, ideológico e filosófico, pois a prática demonstra o custeio unicamente público do serviço prestado pelo terceiro setor, recurso este desprovido de uma gestão rigorosa por parte do financiador (Ente público). Isso gera um sistema misto, a partir do qual entidades não pertencem a um ou outro padrão, olvidando-se que ao se tratar de Administração Pública não há que se falar em tratativas entre iguais, e por isso devem ficar a salvo medidas que atentem contra o regime jurídico dos serviores, a

simplificação desmedida de procedimentos licitatórios e a mitigação da incidência do controle externo.

Assim, retomando a abordagem histórica feita alhures, relembra-se que o ordenamento jurídico brasileiro, anterior à CF/88, albergava unicamente os indivíduos integrantes do mercado formal de trabalho, “era estruturado a partir de um modelo mais próximo do *bismarckiano*, haja vista que apenas com o advento da Carta Magna de 1988 a saúde passou a configurar direito assegurado a todos os cidadãos brasileiros” (PIVETTA, 2013, p. 173). O modelo que configurou a política social alemã a partir de 1883 – cujos contornos são basicamente o financiamento e a regulação de seguros de saúde (privados ou públicos) pelo Estado – operava mediante a tributação dos salários, como quota de contribuição de empregado e empregadores, de forma que o Poder Público mantivesse seguros para arcar as despesas decorrentes dos serviços de saúde:

Os sistemas de assistência à saúde de origem bismarckiana são caracterizados, em linhas gerais, pela existência de uma pluralidade de seguros públicos ou privados, regulados pelo Estado e financiados com recursos públicos obtidos por meio da tributação incidente sobre os salários, com quota de contribuição de empregados e de empregadores. Como assinalado anteriormente, foi o primeiro modelo de assistência à saúde assumido como responsabilidade do Estado, o *seguro doença* implantado por Otto von Bismarck aos trabalhadores vinculados ao mercado na Alemanha recém-unificada em fins do século XIX (MÂNICA, 2010, p. 58).

Já o modelo *beveridgeano* tem raízes inglesas e foi resultado do desenvolvimento de estudos demandados pelo governo que visava analisar o sistema de proteção vigente. O Relatório decorrente do estudo (Relatório Beveridge, que contou com a colaboração de relevantes figuras, incluindo John Keynes), publicado em 1942, “de forma pioneira preconizou a estruturação de um sistema de proteção universal, desvinculado da necessidade de filiação às seguradoras” (PIVETTA, 2013, p. 169). Essa foi a gênese, portanto, dos chamados sistema nacionais de saúde:

A partir de tais ideias foram criados em alguns Estados os denominados sistemas nacionais de saúde. Assim, com apoio de uma sociedade buscando reconstruir um Estado devastado pela Segunda Grande Guerra, o primeiro sistema nacional de saúde, denominado *National Health System* (NHS), foi implantado em 1948, na Inglaterra, à luz dos princípios da universalidade de atendimento e do financiamento por via de tributação geral (MÂNICA, 2010, p. 65).

Em síntese, ao longo do século XX, houve a identificação do modelo de assistência à saúde brasileiro com a concepção bismarckiana de financiamento predominantemente público e execução das ações e serviços por entidades privadas (assistência à saúde restrita àqueles que contribuíssem à previdência). Inclusive, anteriormente à edição da CF/88 não se verificou nacionalmente movimentos em prol da universalização de acesso aos serviços de saúde, com exceção à participação que o Movimento Sanitarista (notadamente por meio da VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986) teve na nova configuração em um sistema único no texto constitucional:

Com efeito, a Carta Magna estruturou um verdadeiro sistema nacional, de caráter nitidamente beveridgeano. Nesse novo desenho institucional, tornou-se mais complexa a forma de relação entre a gestão pública dos serviços e a possibilidade de participação privada no sistema (PIVETTA, 2013, p. 175).

Registra-se que no âmbito da VIII Conferência Nacional de Saúde já tratada no tópico 1.3, dentre as discussões que envolveram a estatização imediata ou progressiva dos serviços públicos de saúde, os debates lançaram foco na responsabilidade do Estado na efetiva prestação desses serviços à população. Ainda que recusada a proposta de estatização imediata, houve consenso acerca da necessidade de fortalecimento e expansão da atuação do setor público, bem como de que a participação do setor privado deveria se dar sob o caráter de serviço público concedido e que contratos fossem regidos pelo regime jurídico de direito público (MÂNICA, 2010). Excerto do Relatório Final Conferência assim dispôs:

14- A implantação imediata de um novo relacionamento entre setor público e o setor privado deverá ser implementada nos seguintes moldes:  
- para os estabelecimentos privados que já se relacionam com o INAMPS, estabelecer um novo contrato-padrão regido pelos princípios do DIREITO PÚBLICO, passando o serviço privado a ser concessionário do Serviço Público; [...]

16- A maior participação do setor público como prestador de serviços é viável, justa e socialmente desejável. Para isso é necessário o aprimoramento de seus procedimentos gerenciais, de forma que possa operar com maior eficiência e aumente seu grau de responsabilidade, de modo a satisfazer as necessidades da população<sup>42</sup> (BRASIL, 1986).

Em síntese, até a CF/88 apesar da participação do Poder Público no financiamento da saúde, o sistema público tinha caráter privatista e excludente.

---

<sup>42</sup>A íntegra do Relatório Final pode ser acessa em:  
<[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>.

Havia, ainda, uma dependência recíproca entre o Estado e os prestadores privados, já que o primeiro não possuía rede própria de atendimento capaz de fazer frente às demandas dos trabalhadores, sendo obrigado a contratar hospitais e profissionais particulares – as instituições privadas, portanto, puderam se desenvolver por meio de incentivos fiscais e recursos públicos:

A participação privada no setor de saúde [...] esteve presente em todas as etapas de desenvolvimento do Estado. A *grande transformação* no setor de saúde, para usar expressão tornada clássica na teoria econômica por Karl Polanyi, ocorreu a partir do momento em que se consolidou a ideia de que a saúde constitui direito a ser garantido pelo Estado a todas as pessoas. Tal transformação teve início em meados do século passado, quando países com sistemas jurídicos tão diferentes como Inglaterra, França e Alemanha passaram a garantir progressivamente a universalização do acesso aos serviços de saúde — seja por meio da ampliação do sistema de seguros sociais, seja por meio da criação de sistemas nacionais de saúde (MÂNICA, 2010, p. 155).

A saúde, como direito fundamental que é, integra o texto constitucional com as seguintes particularidades que a distinguem do modelo anterior: reconhecida a natureza pública das ações de saúde (e mantida a liberdade profissional da área, tida como atividade de relevância pública), a forma de participação privada no Sistema Único foi instituída como complementar (manutenção do vínculo por intermédio de contrato de direito público ou convênios), participação complementar de privados com prioridade a entidades sem fins lucrativos e às filantrópicas, sendo vedado o aporte de recursos públicos à instituições privadas que visem o lucro<sup>43</sup>.

A gradativa estruturação do SUS, no entanto, demonstrou que uma das mais prementes dificuldades na gestão dos serviços municipais de saúde estaria na ausência de profissionais da área, a qual se soma à desigualdade de distribuição destes entre as unidades federativas – não bastasse que tais especialidades, em regra, rejeitam o vínculo com locais distantes dos grandes centros urbanos, que detêm estruturas escassas e remuneração pouco atrativa (limitada constitucionalmente ao teto do Chefe do Executivo, ainda que essa exigência seja cada vez mais relativizada mesmo no âmbito do controle externo), a Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF também impõe percalços nesse tocante, limitando

---

<sup>43</sup> Recentemente, a Portaria nº 2.567/2016, dispôs acerca da participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde. Seu artigo 1º prescreve: “Esta Portaria dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS)”. A Portaria não disciplina o que seja “complementar”.

o aumento de despesas com pessoal, o que repercute na restrição à ampliação do quadro das Secretarias Municipais de Saúde – além de, como já exposto tudo isso estar imerso em regras de financiamento que acabam por sobrecarregar os Municípios<sup>44</sup>.

Daí a tendência à utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde por parte dos gestores locais. Veja-se que um estudo que abranja todas as parcerias existentes hoje no setor da saúde seria complexo e desafiador, dada a multiplicidade de vínculos jurídicos aptos a instrumentalizar relações de parceria e mesmo em face da dificuldade de definição do conteúdo jurídico do direito fundamental à saúde em sua esfera complementar.

Nesse sentido, conforme exposto, para conferir-se à OS e oscips as prestações de serviços públicos de saúde em âmbito municipal, faz-se imprescindível que se tenha assente o alcance do conteúdo constitucional da *complementariedade* prevista no texto constitucional. Mânica (2010) propugna que em âmbito nacional, a especificidade e a complexidade do ordenamento constitucional da saúde, resultantes do embate entre ideologias opostas, fazem dele um texto de difícil interpretação, *mas suscetível a diversos modelos de efetivação, com base em diversas formas de participação privada*. Em diversas obras, portanto, o Autor aborda que a abertura à complementariedade do setor privado implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementariedade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional.

No primeiro caso, para Mânica (2010, p. 159) a previsão constitucional da participação complementar da iniciativa privada no SUS não significaria a atribuição de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, decisões judiciais que impediriam a celebração de parcerias por entenderem violada a complementariedade seriam desarrazoadas: “Os efeitos jurídicos de tais decisões nos casos concretos e seu efeito reflexo na segurança jurídica acabam por prejudicar a evolução do direito, a modernização da Administração Pública e a

---

<sup>44</sup> Dentre essas dificuldades, veja-se que a contratação de médicos estrangeiros pelo Programa “Mais Médicos” é uma das questões mais polêmicas, desde 2013 no país, 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.

efetivação do direito à saúde” (MÂNICA, 2010, p. 159). O Autor, em suma, posiciona-se contrário à concepção que impede a celebração de parcerias com a iniciativa privada com fundamento no descumprimento da complementaridade da participação privada nos serviços públicos de saúde:

A previsão constitucional de complementariedade no SUS, portanto, implica a possibilidade de prestação privada dos serviços de assistência à saúde, os quais integram (e complementam) o rol mais amplo de ações e serviços de saúde previsto no art. 200 do texto constitucional. Nessa esquadra, no que tange aos serviços assistenciais, as parcerias com a iniciativa privada não decorrem da aplicação do princípio da subsidiariedade da atuação privada e tampouco da prevalência da atuação pública. As parcerias na saúde decorrem de decisão política a ser tomada com base no princípio da eficiência e instrumentalizada por vínculos jurídicos que garantam o respeito às diretrizes do SUS e aos princípios do serviço público (MÂNICA, 2017, <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>>).

Na concepção do Autor, portanto, seria possível sustentar que no âmbito da esfera de complementariedade da participação privada nos serviços públicos de saúde, à luz do §1º do artigo 199 da CF/88, não seria possível extrair qualquer limitação à esfera de atuação estatal direta e à esfera de atuação privada contratada ou conveniada. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta) (MÂNICA, 2010, p. 165).

Faz-se esses apontamentos acerca do pensamento do Autor, ousando-se discordar. O ideal que entende haver limitação à atuação privada com base no critério de complementariedade está longe ser hermético ou ideológico; pelo contrário, é garantia institucional de que o Estado estará atento a sua capacidade de efetivar o direito à saúde, de maneira autônoma, não se sujeitando ao alvedrio de execuções contratuais que envolvam privados e a dependência de profissionais sem vínculos efetivos ou garantias institucionais. É que, em verdade, a ausência de segurança jurídica está no excesso de vínculos e na sua execução descontrolada. Isso inclusive porque só é passível de controle o que é conhecido, e a inserção do terceiro setor na execução de serviços públicos de saúde, tem feito desaparecer a ingerência estatal sobre a própria atividade desenvolvida.

Com efeito, o alcance dessa previsão constitucional já foi objeto profícuas discussões no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul-TCERS, em relação à controversa complementariedade da participação da iniciativa privada nos serviços de saúde (artigo 199, § 1º, da CF/88 e artigo 24, parágrafo

único, da Lei Federal nº 8.080/90). A Corte, desde 2007, tem franca tendência em desaprovar a transferência integral da gestão da saúde pública a terceiros privados, como deixou clara a aprovação do Parecer nº 29/2007 (Pleno em sessão de 19-03-2008).

Assim, adere-se a esse posicionamento, considerando-se que, embora assente que a atuação do terceiro setor nos serviços públicos de saúde não possa chegar à substituição integral do poder público, em face do caráter complementar dessa ingerência<sup>45</sup>, a maior ou menor extensão de caráter de complementariedade d deverá ter sua legitimidade avaliada minuciosamente no exame do caso concreto. Isso para se verificar se, efetivamente, o SUS daquela localidade apresentaria ou não disponibilidades suficientes para garantir, de forma direta, o desenvolvimento desta ou daquela ação de saúde.

Por fim, registra-se que ao prever o texto constitucional a prestação de serviços públicos de saúde como dever do Estado, a opção constitucional brasileira foi por submeter os prestadores privados (dentre estes o Terceiro Setor) a um regime jurídico no qual fossem respeitadas as diretrizes do subsistema público de saúde, desenhadas pela sistematização do SUS, pelas leis de regência e eminentemente pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>45</sup> Nesse sentido tem entendido também o TJRS: **Ementa:** REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM SAÚDE. NULIDADE DOS EDITAIS. O art. 199, § 1º, da Constituição Federal prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementando sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Tal preferência, porém, foi ignorada pela autoridade municipal quando da publicação dos editais, na modalidade pregão presencial menor preço global, para contratação de empresa para prestação de serviços especializados em saúde. Se não bastasse, além da inexistência da previsão da preferência, foi expressamente vedada a participação de entidades do Terceiro Setor, conforme se verifica no item 3.6 dos editais, ou seja, houve restrição de participação na licitação para quem a própria Constituição Federal outorga preferência. Mantida a sentença que concedeu a segurança, ao efeito de declarar a nulidade dos editais. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME (Reexame Necessário Nº 70071848923, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 29/03/2017).

### **3 A RACIONALIDADE DA AÇÃO COMUNICATIVA E A FISCALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FIRMADOS ENTRE OS EXECUTIVOS MUNICIPAIS E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: O QUE SE PERDE EM TERMOS DE AFASTAMENTO DE REGIME JURÍDICO PÚBLICO?**

A epistemologia contemporânea, em franco afastamento das pretensões de encontro das essências metafísicas, apriorismos, dogmas ou de criação de uma linguagem pura, reflete a necessidade de reconhecimento do caráter histórico do Direito e de ser este uma construção social produzida de forma comunicativa, a partir de uma metodologia reconstrutivista<sup>46</sup>. Conforme Reck (2017), depois do segundo Wittgenstein, sabe-se do caráter social e linguístico de qualquer conhecimento, de sorte que é possível conhecer e experimentar o mundo através de uma linguagem que se opera através de um jogo de aprendizado que reflete as suas contradições. O Direito, portanto, como criação social, tem suas disfuncionalidades, contradições e historicidade projetadas afastando-se da esperança do encontro de alguma essência.

Tendo como pano de fundo a matriz lançada é que a temática própria das parcerias entre organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público com o Estado, para a prestação de serviços públicos de saúde, tendo como norte os trabalhos de controle externo da Corte de Contas gaúcha, será desenvolvida, a partir daqui.

A tais panoramas, soma-se o pressuposto de que o regime jurídico administrativo é instrumento de atribuição de critérios de justiça em âmbito de serviços públicos – partindo-se de uma ideia de justiça como algo sistêmico, que não pode ser entendida a partir de apenas de um preceito, como pela eleição indiscriminada do atributo da eficiência, por exemplo – e que os serviços públicos além de serem os mecanismos mais efetivos de garantia de direitos fundamentais pelo Estado, coordenam os planos de ação e são instrumentos das políticas estatais, notadamente quando estas são instituídas constitucionalmente, como o próprio sistema único de saúde.

---

<sup>46</sup> Habermas parte do método reconstrutivo da sociedade, eis que tendo como seu paradigma o século XX, não é mais possível conceber que se “crie” conhecimento de maneira descolada da sociedade. O método reconstrutivo se constitui em pegar o que nós já fazemos (*Know How*) e transformar em conhecimento que já se tem (*Know That*), ou seja, em conhecimento explícito.

### 3.1 O Direito como coordenador de ação e estabilizador de cosmovisões em âmbito de escolhas públicas: os (frágeis) fundamentos discursivos relativos às parcerias Estado com o Terceiro Setor: a escolha “fácil” como ação pública

A “virada” filosófica em direção à linguagem significou, em síntese, uma forma nova de compreensão da epistemologia filosófica e seus procedimentos, alterando-se as suas perguntas, que diferentemente do que ocorria no passado, não procuram mais pelas essências causais ou por preceitos metodológicos. Destarte, conforme Almeida e Reck (2013) ao final do século XIX e início do século XX, a partir da *linguistic turn*, a linguagem deixa de ser considerada como um mero instrumento de designação de coisas e de transmissão de conhecimento, passando a ser um méio constitutivo do saber<sup>47</sup>:

A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados das coisas, substituem as relações sujeito-objeto (HABERMAS, 1990, p. 15).

Ludwig Wittgenstein (1889-1951), notável expoente da virada linguística, quando da segunda fase do seu pensamento filosófico, desenvolveu na obra *Investigações Filosóficas* (postumamente publicada em 1953) críticas a sua própria construção teórica anterior, calcada na tradição filosófica ocidental mentalística, inserta na obra *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de 1922.

Nesse sentido, a segunda fase do seu pensamento critica o caráter reducionista que os modelos filosóficos clássicos atribuíam à linguagem até o momento, sustentando que essa não conta apenas uma função designativa, eis que a linguagem possui várias funções, dentre as quais a própria constituição do conhecimento enquanto tal, de sorte que não existe um mundo em si independentemente de linguagem:

---

<sup>47</sup> Tanto na filosofia clássica (representada por Platão e Aristóteles, por exemplo), quanto na filosofia moderna (como a de Kant e Descartes), tinha-se a linguagem como mero instrumento de transmissão de conhecimento, este devendo ser adquirido por outros meios, ou seja, a linguagem não constituía uma verdadeira experiência humana, apenas era um meio com uma função designativa.

A segunda fase da filosofia de Wittgenstein manifesta-se, assim, como um veemente ataque a uma concepção individualista de conhecimento e de linguagem, mas também irrompe contra todo dualismo epistemológico e antropológico [...]. Ele vai situar o homem e seu conhecimento no processo de interação social, o que vai levar, posteriormente não só à consideração da relação entre conhecimento e ação, linguagem e práxis humana, como também à consideração explícita do papel da comunidade humana na constituição do conhecimento, e da linguagem humana (melhor dito: do conhecimento linguisticamente mediado do homem) (OLIVEIRA, 2001, p. 125).

Em extremada síntese, Wittgenstein<sup>48</sup> inaugura a concepção de que o sentido compreendido de uma proposição depende das interações distintas em que ela ocorre, ou seja, “da situação contextual em que a frase é usada”, de sorte que “a semântica (enquanto relação dos signos com os seus significados) depende sempre da pragmática (relação dos signos com os falantes e dos falantes entre si) em conformidade com os contextos contingentes” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 44).

John L. Austin (1911-1960) parte dos caminhos já trilhados no sentido de uma pragmática linguística para, a partir da Teoria dos Atos de Fala, sistematizar o pensamento iniciado por Wittgenstein, nesse sentido, “a tese de Austin é fundamentalmente a de Wittgenstein, ou seja, a linguagem é essencialmente uma ação social” (OLIVEIRA, 2001, p. 165). A Teoria dos Atos de Fala, portanto, pretende esclarecer a tese de Wittgenstein no sentido de que o uso da expressão linguística traz a significação das mesmas e, como há uma infinidade de usos da linguagem, sua teoria se mostra necessária para depurar as funções da linguagem humana:

A primeira dimensão da linguagem humana é o agir: usando a linguagem agimos. Dizer isso depois do Segundo Wittgenstein já não constitui novidade e, por essa razão, tal afirmação é, apenas, o ponto de partida para a distinção de outras dimensões da linguagem que Austin pretende tematizar (Op. cit., p. 158).

Nesse escopo, considerando que um ato de fala qualquer “mesmo o mais simples, é uma realidade complexa, contém muitas dimensões” (OLIVEIRA, 2001, p. 156), é que se encontram as distinções que Austin<sup>49</sup> opera entre atos locucionários,

<sup>48</sup> Conforme já exposto, sintetiza-se que é sabida a divisão da obra do filósofo em duas fases bastante diversas, sendo recorrente no campo de estudo da filosofia da linguagem a referência a “dois Wittgensteins”, sendo o primeiro inserido em uma concepção mentalista do mundo, retratada em sua primeira obra, publicada do decurso de sua vida, o *Tractatus*, conforme exposto. Já o segundo momento da obra de Wittgenstein contempla os conceitos básicos que serão desenvolvidos pela filosofia da linguagem, apontados na obra *Investigações Filosóficas*.

<sup>49</sup> John Searle (1932) procurou responder algumas questões que permaneceram vagas pela teoria de

ilocucionários e perlocucionários, os quais revelam as diferentes dimensões do uso das expressões linguísticas. Habermas é influenciado por Austin nesse escopo, porém, reorganiza a teoria deste de modo a tornar uno o ato de fala, muito embora se distingam dois momentos em um prisma analítico:

Austin investigou, com base em actos ilocucionários individuais, como a linguagem se relaciona com a pratica interactiva no seio de uma forma de vida [...]. Austin começa por estabelecer as seguintes associações: acto locutório – proposição assertórica – significado – verdadeiro/falso; acto ilocutório – proposição performativa – força – bem/mal sucedido. Este dualismo foi impossível de se sustentar. Evidentemente, Austin viu, desde o início, que a maioria dos actos ilocucionários não ocorre de forma isolada, alojando-se antes em frase de conteúdo proposicional. Em geral, o locutor efectua um acto ilocutório ao dizer *algo* (HABERMAS, 2010, p. 77).

Destarte, um ato comunicativo entabulado a partir de ação comunicativa terá um aspecto locucionário, de conteúdo proposicional, bem como um aspecto ilocucionário, cujo conteúdo é o vínculo para a ação que é gerado a partir da comunicação. Tal vínculo, como se está a tratar de uma ação comunicativa, é público (RECK, 2009).

Ou seja, o primeiro relaciona-se com o uso das palavras/símbolos no contexto em que proferido, é o procedimento linguístico (há aí uma pretensão de inteligibilidade, por exemplo quando existe um consenso acerca do significado de “chuva” e “lá fora” na frase “Está chovendo lá fora”). Dado que vivemos em mundo de vida, conforme abordar-se-á, que, em regra, é semelhante em uma dada comunidade, forma-se consensos quanto aos aspectos locucionários dos atos de fala de uma maneira relativamente fácil – geralmente os conceitos e significados são aceitos por aqueles que pertencem à comunidade linguística a partir das interações sociais operadas.

O uso de terminada expressão só poderá ser compreendido, no entanto, quando acoplada a sua dimensão ilocucionária, “no ato de dizer algo, fazemos também algo” (OLIVEIRA, 2001, p. 158), (atente-se, no entanto, que a compreensão é pressuposto da execução de um ato ilocucionário<sup>50</sup>), a qual se refere a pretensões de validade acerca da verdade, da correção ou da veracidade. Nesse aspecto podem não existir consensos:

---

Austin. Sua obra estabeleceu como campo de trabalho a filosofia da linguagem, o que para ele é a relação entre a palavra e o mundo.

<sup>50</sup> Austin confere primazia ao ato ilocucionário, Habermas, posteriormente, também terá essa postura.

Assim, em nosso exemplo: o jacaré é perigoso, conhecemos bem a significação, porém podemos perguntar sobre sua força ilocucionária, isto é, se a pessoa que disse isso pretendia informar, ou emitir um juízo, ou advertir etc. a linguagem tem muitas funções, e o ato ilocucionário significa a expressão de determinada função (OLIVEIRA, 2001, p. 159).

Porém, da mesma forma, Habermas (1990, p. 68), aponta que os fins ilocucionários não podem ser definidos independentemente dos meios linguísticos de entendimento. O que quer dizer que os proferimentos gramaticais “são instrumentos do entendimento, o que os distingue, por exemplo, das operações de um cozinheiro, que representam os meios para a produção de alimentos comestíveis”. Já a dimensão perlocucionária diz com a produção de efeitos nos sentimentos, pensamentos e ações de outrem. Segundo Galvão Filho (2011), uma análise dos efeitos perlocucionários dos atos de fala é necessária para compreender a dimensão da linguagem orientado para as consequências:

Os efeitos perlocutórios almejados publicamente no âmbito de uma definição comum de uma situação, quer se encontrem regulamentados de forma convencional ou não, são de tal índole que, *mutatis mutandis*, também poderiam ser alcançados por uma mera intervenção orientada para fins (HABERMAS, 2010, p. 89).

Conforme Almeida e Reck (2013), as três dimensões são realizadas por meio da mesma expressão linguística, o que demonstra as distintas funções da linguagem, superando-se uma visão reduzida desta enquanto descrição e transmissão de conhecimento previamente adquirido. Restando demonstradas as funções distintas da linguagem evidencia-se, também, o caráter social do seu uso, que só pode ser considerado em sua plenitude através da interação intersubjetiva.

Assim, tendo como pressuposto, portanto, a virada linguística na arena filosófica, a partir do segundo momento do pensamento de Wittgenstein e da sistematização da pragmática linguística de John Austin, é que Jürgen Habermas (1929) passa a desenvolver a sua Teoria do Agir Comunicativo<sup>51</sup> e, nesse âmbito, a Teoria do Discurso, aqui analisada à luz do Direito vigente.

Sintetiza Oliveira (2001, p. 193) que a pragmática universal de Habermas<sup>52</sup> se debruça sobre as perspectivas abertas pelo segundo Wittgenstein (e os jogos de

<sup>51</sup> A Teoria do Agir Comunicativo foi publicada em 1986 (dois volumes), sendo a obra paradigma de Jürgen Habermas ainda hoje.

<sup>52</sup> Para Galvão Filho (2011, p. 90), a pragmática universal de Habermas, como teoria da competência

linguagem) e por Austin (teoria dos atos de fala), quando se articulam os diferentes momentos constitutivos da linguagem enquanto tipo de ação humana.

*La pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible. En otros contextos se habla también de 'presupuestos universales de la comunicación; pero prefiero hablar de presupuestos universales de la acción comunicativa porque considero fundamental el tipo de acción orientada al entendimiento (HABERMAS, 2001, p. 299).*

Habermas pretende, em suma, a reconstrução filosófica dos pressupostos pragmáticos da linguagem, haja vista que, havendo um nexó antropológico entre sociedade e indivíduo, a reconstrução seria possível como validade filosófica:

[...] tem-se a matriz pragmática. Dentre os expoentes desta área encontram-se Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel e Klaus Günther. Trata-se de uma matriz preocupada com a indagação de como a linguagem produz interação, socialização e reprodução da linguagem. Ao ter em conta esta dimensão pragmática da linguagem, produz conhecimento complexo o bastante com as demandas do conhecimento contemporâneo (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 59).

O conceito de agir comunicativo, dessa feita, é elemento capaz de abrir as oportunidades para um entendimento de sentido abrangente, diante do crescimento das esferas de penetração da racionalidade econômica e burocrática e da conseqüente tecnicização do mundo da vida que redundará em “cada vez mais esferas perdem possibilidade de controle prático-moral” (RECK, 2009). A ação comunicativa seria a verdadeira expressão da racionalidade comunicativa:

*[...] por acción comunicativa entiendo una interacción simbólicamente mediada. Se orienta por normas obligatorias que definen expectativas reciprocas de comportamiento y que tienen que ser entendidas y reconocidas al menos por dos sujetos agentes. Las normas sociales vienen corroboradas por sanciones. Su contenido semántico se objetiva en expresiones simbólicas y sólo es accesible a la comunicación en el medio del lenguaje ordinario (HABERMAS, 2001, p. 27).*

A ação comunicativa, portanto, é a disposição de ação fundamentada e de formação de consensos (acerca de estados de fato, teorias, significações, normas ou sentimentos) ou divergências, sem qualquer coação. Percebe-se aí a intenção

---

comunicativa, tem como escopo central construir as condições universais de entendimento possível entre pessoas, apresentando os pressupostos gerais de comunicação ou de uma ação comunicativa, alcançando as bases para a validade universal do discurso.

comunicativa e seu oferecimento ao outro. Dessa forma, a racionalidade insere-se na própria capacidade de fundamentar discursivamente a ação, ou melhor, as razões pelas quais a ação se dá de uma forma ou de outra, fundamentando, portanto, a validade do que se fala.

O sujeito capaz de agir comunicativamente detém um repositório de experiências que integram o seu mundo da vida, eis que a partir deste, o participante é capaz de gerar sentido para as suas experiências presentes: “ao constatarem algo, refletirem acerca de uma norma ou expressarem um sentimento, fazem uso de um ‘mundo’ que lhes está implícito (ALMEIDA; RECK, 2013). Esse mundo da vida é o que se chama de “pano de fundo” da ação comunicativa.

O mundo da vida contempla as experiências relacionadas ao mundo objetivo, social e subjetivo<sup>53</sup>, e, considerando que uma comunidade compartilha de mais ou menos as mesmas experiências físicas e sociais, as comunicações são, em geral, exitosas. Esse mundo da vida é composto, ademais, pelos seguintes componentes estruturais – a sociedade, a cultura e a personalidade. O mundo da vida segue uma lógica de evolução em direção à maior racionalidade, de sorte que Habermas pretende provar que, na evolução social, sistema e mundo ancoraram-se mutuamente (RECK, 2009):

Essas estruturas gerais do mundo da vida somente se revelam, é verdade, se nós modificarmos nosso enfoque metódico. Os termos ‘pano de fundo’, ‘primeiro plano’, e ‘recorte do mundo da vida relevante para a situação’, só fazem sentido se adotarmos a perspectiva de um falante que deseja entender-se com um outro sobre algo no mundo e que pode apoiar a plausibilidade da oferta de seu ato de fala sobre uma massa de saber não-temático, partilhado intersubjetivamente (HABERMAS, 1990, p. 94).

Com efeito, todo aquele que age comunicativamente deve pressupor sempre quatro pretensões de validade (*Geltungsansprüche*) a serem observadas por todos falantes que querem estabelecer um entendimento com um ou outros falantes, nas suas palavras: “Quero defender a concepção segundo a qual existem no mínimo quatro classes de pretensões de validade e que partilham uma origem comum [...] a compreensibilidade, a verdade, a correção e a sinceridade”. Para Habermas, estas “apresentam um nexo que podemos designar por racionalidade” (HABERMAS, 2010, p. 190):

---

<sup>53</sup> As ações sociais são interações a partir das quais há um uso da linguagem em pano de fundo comum. O mundo objetivo se refere à totalidade de estados de coisas ou sucessos capazes de serem reproduzidos, acessa-os, em regra, de forma cognitiva. O mundo socialmente construído revela a existência de valores culturais e instituições.

Este consenso consiste no reconhecimento recíproco de pelo menos quatro pretensões de validade que locutores competentes têm de fazer valer mutuamente com cada um dos seus actos de fala: reivindica-se a compreensibilidade da expressão, a verdade do seu componente proposicional, a correção do seu componente performativo e a sinceridade da intenção expressa pelo locutor (HABERMAS, 2010, p. 191).

O que se afirma é que os falantes defendem pretensões de validez, a partir da dimensão ilocucionária do ato de fala (aquela que consegue “fazer algo” e estabelecer planos de ação através do consenso), as quais podem se reportar a problemáticas variadas. A comunicação racional, nesse sentido, que busca os ajustes intersubjetivos (não estratégica, portanto) acontece quando é possível que se possa ser inteligível o sentido pragmático da relação interpessoal estabelecida, assim como o conteúdo proposto; quando é reconhecível a verdade do enunciado objeto do ato de fala; quando é reconhecível a correção da norma que o respectivo ato de fala requer o cumprimento e, por fim, quando não é posta em causa a sinceridade dos sujeitos envolvidos. Porém, conforme Habermas (2010), as quatro pretensões de validade apenas se tornam temáticas se o funcionamento de um jogo de linguagem for perturbado e o consenso fundado for abalado.

Reck (2009), faz interessante relação entre a noção de serviços públicos e as pretensões de validade propostas por Habermas, cujo excerto merece transcrição para fins de elucidação:

A argumentação partirá das seguintes conclusões preliminares:- pretensão de intelegibilidade do serviço público: o melhor argumento é aquele que melhor explicita a vivência que permite a compreensão da distinção do conceito; - pretensão de verdade: o melhor argumento é aquele que, pelo prisma cognitivo-instrumental, tem a possibilidade de realizar os fins vistos pela lei; - pretensão de retidão: a melhor coerência possível do serviço público ao ordenamento; - pretensão de veracidade: limitação à função doutrinária, isso é, à consolidação de decisões passadas, visando a dar decidibilidade ao Direito (RECK, 2009, p. 167).

Desta feita, qualquer comunicação não racional, como a tecnicada (a partir dos poderes<sup>54</sup>, por exemplo) que coloniza o mundo da vida, não exige a defesa de pretensões de validade. Há que se atentar, ademais, que cada uma das pretensões

---

<sup>54</sup> Habermas, em *Direito e Democracia I* (2012, p. 61), expõe que as sociedades modernas são integradas não somente por valores, normas e processos de entendimento, mas também sistematicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, que formam o sistema, coordenando ações de forma objetiva, “como que por traz das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa”.

lançadas deve estar combinada uma a outra com vistas ao princípio da continuidade comunicativa, o que significa que a defesa de uma pretensão de validade, de maneira isolada, não dará conta da problematização em pauta. Só a conjunção da resposta dadas a todas elas é que leva a sério as exigências do princípio argumentativo. A racionalidade comunicativa, portanto, expressa-se na disposição de ação fundamentada e de formação de consensos e divergências prescindindo-se coações.

Ou seja, já que através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que demandam um reconhecimento intersubjetivo, “a oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos” (HABERMAS, 1990, p. 72). Isso é, pretensões de validez problematizadas exigem justificação, ensejando discursos.

Habermas (1990) aponta que os tipos de interação se distinguem de acordo com os mecanismos de coordenação da ação. Isso é, se a linguagem natural é utilizada apenas como forma de transmitir informações estar ia-se a tratar de um agir estratégico. No entanto, de a linguagem natural é fonte de integração social, estar-se-ia a tratar de agir comunicativo.

Destarte, a Teoria da Ação Comunicativa, no sentido de trazer uma condução consciente de vida à dada comunidade, subdivide as ações orientadas ao êxito em social e não social, estratégica e instrumental, respectivamente, ao lado da ação comunicativa (que também é social):

A acção comunicativa distingue-se, portanto, da estratégica pelo facto de uma coordenação da acção bem sucedida não se dever à racionalidade orientada para fins [...] mas sim à força racionalmente motivadora de realizações de entendimento, isto é, a uma racionalidade que se manifesta nas condições de um consenso alcançado pela comunicação (HABERMAS, 2010, p. 87).

Como se vê, a ação comunicativa contempla falantes afastados de uma interação marcada pelo solipsismo para compartilharem planos de ação, um com o outro, em vistas à possibilidade de entendimento (ALMEIDA; RECK, 2013). A ação estratégica, por sua vez, é também uma relação social, diretamente ligada à comunicação com o outro, a exemplo de quando os contratantes intentam alcançar a melhor vantagem em determinado negócio. Já a ação instrumental é aquela pela

qual são empregados os meios técnicos para a obtenção de um resultado pretendido (fins definidos previamente), como ocorre na execução de um trabalho mecânico:

[...] E aí reside uma diferença para a ação instrumental: esta é perlocucionária; i. e, os efeitos de coordenação presentes na linguagem são privados, uma vez que a orientação para a ação não é a cooperação, e sim, a influência. Essa influência só é possível porque a comunicação é usada, comumente, de maneira comunicativa (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 87).

Habermas categoriza a diferenciação dentre ação instrumental e comunicativa, haja vista que ambas têm algum fim. No caso da primeira, este objetivo centra-se no sucesso pessoal mediante as melhores escolhas possíveis para o atingimento de um fim para provocar uma intervenção tanto no mundo dos fatos (ação instrumental) quanto no mundo social (ação estratégica). Já na ação comunicativa, se estabelecem planos intersubjetivos com vistas ao entendimento.

No que tange aos distintos tipos de ações depura-se, então, que esses ocorrem em âmbitos diferentes a depender das forças ilocucionárias dos atos de fala envolvidos que podem ter a função de coordenar ações ou de causar influência em face de um fim. Essa última função (influência exercida sobre o falante sobre a situação fática e também sobre o ouvinte) é própria da ação estratégica. Na primeira função, relativa à coordenação de ação, está a se falar da ação comunicativa, eficaz ao entendimento.

Afirma-se, com segurança, portanto, que os atos de fala consistem no reconhecimento das pretensões de validade, ausente questionamento acerca da verdade da proposição ofertada ou do estado das coisas expressado pelo falante. Ocorre que, conforme já exposto, existem pretensões de validade que são problematizadas e, assim, necessitam de justificação. Isso é, quando se põe em cheque a verdade de uma dada proposição do falante, se vai além da ação comunicativa para se adentrar nos discursos.

Os discursos, destarte, desenvolvem-se intersubjetivamente (vários participantes), com opiniões contrapostas, “que atuam cooperativamente no sentido de eliminar as dúvidas apresentadas por intermédio da apresentação de razões e dos melhores argumentos, seguindo determinadas regras” (GALVÃO FILHO, 2011, p. 100). Em síntese, discursos dão conta de pretensões de valide problematizadas<sup>55</sup>,

---

<sup>55</sup> Deve-se atentar para o fato de que apenas as pretensões de verdade e de correção (dentre as

já que as ações linguísticas além de consistirem em ações propositivas (no sentido de o agente intervir no mundo valendo-se dos meios apropriados), podem também pretenderem o entendimento do falante com outrem a respeito de algo no mundo.

Aponta-se que o estudo do Direito<sup>56</sup> para a da matriz pragmático-linguística se dá a partir do desenvolvimento de discursos práticos<sup>57</sup> “que visem resgatar, respectivamente, pretensões de correção de normas jurídicas e de adequação de suas aplicações” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 115). Isso é afirmado já que as pretensões de validade acima referendadas, quando problematizadas, geram a necessidade de fundamentação argumentativa e, portanto, concebem a Teoria do Discurso de Habermas.

Para esta Teoria, as questões práticas serão decididas racionalmente a partir da argumentação, desenvolvida a partir da ação comunicativa voltada ao entendimento:

É a partir da teoria do discurso que pode ser alcançada a racionalidade prática. Cuida-se da concepção kantiana de racionalidade prática, que se contrapõe à hobbesiana e à aristotélica. Diante da primeira, ela leva à ideia de que a maximização da utilidade individual deve ser completada pela generalizabilidade, pois a correção não pode ser dispensada. Perante a segunda, pode ser mostrado que ela não é meramente formal e vazia de conteúdo. Ela nos leva aos direitos do homem e à democracia (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 26).

Cumprir refletir que nem toda ação comunicativa exige discurso, pois, muitas vezes, os sujeitos em interação concordam simplesmente, não sendo necessária uma digressão argumentativa. Normalmente, em verdade, não é necessário que se operem fundamentações acerca dos planos de ação e tampouco acerca do significado das expressões. No campo do Direito, no entanto, em face de questões institucionais, por vezes são exigidos discursos ainda que as partes concernidas não o requeiram, ou mesmo que não exista, a

---

quatro pretensões de validade), podem ser sustentadas discursivamente. A veracidade das proposições, por exemplo, só pode ser demonstrada e não fundamentada.

<sup>56</sup> É sabido que o interesse no estudo do Direito não fora observado nos principais autores que compuseram a primeira fase da Escola de Frankfurt (não se verificou em Adorno, Horkheimer, Marcuse ou Benjamin alguma contribuição para uma teoria do Direito ou pesquisa crítica com base na lei). Inclusive por isso alguns doutrinadores relacionam Habermas a pensadores mais ligados a periferia da escola, como Franz Neumann. Habermas, no entanto, direciona a sua teoria da comunicação para uma teoria do direito, eis que a racionalidade comunicativa deve, para ele, imiscuir-se à produção legislativa, aos processos de tomadas de decisões públicas, às deliberações e ao plano da decisão judicial.

<sup>57</sup> De acordo com Almeida e Reck (2013, p. 48), para o paradigma linguístico-pragmático, cada pretensão do ato de fala tem uma correspondente espécie de discurso, através do qual o falante se serve de argumentos para justificar a legitimidade de sua pretensão. Assim, o discurso prático é utilizado para justificar a correção da ação em conformidade com determinadas normas.

*priori*, prejuízo a terceiros. É o caso da disponibilização da transparência das contas públicas, da fundamentação de atos de política, dentre outros.

Gavião Filho (2011, p. 90) aponta que o ponto central da Teoria do Discurso está na ideia de que questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática dirigida ao acordo ou ao entendimento mútuo, ou seja, alcançada com a força do melhor argumento. O melhor argumento, com efeito, é escrutinado no âmbito de uma situação ideal de fala que pressupõe as condições de validade acima expostas.

Com efeito, qualquer discurso pressupõe, para a Teoria ora abordada, a situação ideal de linguagem, a partir da qual consensos são atingidos. Isso quer dizer que a situação linguística ideal exclui o bloqueio sistemática da comunicação, devendo haver “para todos os possíveis participantes, uma distribuição simétrica das chances de escolher os atos de fala e realiza-los” (OLIVEIRA, 2001, p. 318). A situação de fala ideal é aquela na qual a comunicação não é obstruída por intervenções contingentes exteriores ou por constrangimentos que derivam da própria comunicação, ou seja, essa situação ótima exclui distorções sistemáticas da comunicação, na medida em que a todos participantes do discurso é dada uma distribuição simétrica de oportunidades de concretizarem atos de fala (HABERMAS, 2010).

Ademais, os discursos práticos devem ser analisados com base no princípio do discurso “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2012, p. 142). Dessa expressão deriva a noção de que somente serão válidas as normas que poderiam contar com a aprovação de todos os nela interessados enquanto participantes de um discurso prático:

Em outras palavras, conforme a ética do discurso, o que isso significa é que uma norma somente pode pretender validade quando todos os que por ela possam ser afetados, enquanto participantes de um discurso prático, cheguem a acordo quando à validade dessa norma” (GALVÃO FILHO, 2011, P. 121).

Nas palavras do sociólogo:

O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, uma vez que eu

parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. A introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente (HABERMAS, 2012, p. 143).

Já o Princípio da Universalização, ligado ao princípio do discurso e ao Direito vai, em síntese, propor aos participantes de um discurso prático, a reflexão generalizada sobre as consequências, efeitos e preferências de todos os possíveis envolvidos na vigência de uma determinada norma, em um contexto de formação democrático. Isso pois, “Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com a assentimento universal” (HABERMAS, 1989, p. 86):

O princípio da universalização U provoca uma troca de papéis, forçando cada um dos afetados a ponderar os interesses em jogo a partir da perspectiva de todos os outros. Daí, então, uma norma válida deve satisfazer a seguinte condição: as consequências e os efeitos colaterais, que resultarem para o interesse de cada um dos indivíduos decorrente do cumprimento geral dessa norma, podem ser aceitos por todos os interessados ou partes envolvidas (GALVÃO FILHO, 2011, p. 122).

Nesse sentido, Reck (2009, p. 158) aduz que para levar a sério a pretensão de Democracia, deve-se utilizar uma outra versão do conteúdo do princípio da universalização, já que os argumentos que fundamentam os conteúdos do conceito devem ser os melhores, sendo necessário achar critérios que apoiem a procura por esses argumentos e que levem a sério o princípio da universalização: “Este princípio assume dois conteúdos procedimentais de discurso: 1. a verificação de todas as estruturas que possibilitem o encadeamento da lei à ação; 2. a escolha da alternativa que melhor encadeie a lei à ação”.

A realização prática do agir jurídico, bem como a observação e fundamentação do fenômeno jurídico contemplam os debates de Habermas acerca do Direito, envolvendo as pretensões envolvidas no objeto específico desse campo do saber. O Direito, sob essa luz, é um sistema de ação linguístico (sem essências) e as questões jurídicas são enfrentadas em face da validade das normas consideradas em abstrato (discursos de justificação) e com as controvérsias acerca da aplicação dessas mesmas normas (a norma mais adequada) ao caso concreto (discurso de aplicação). Como apontam Almeida e Reck (2013, p. 115), “Trata-se,

nesses casos, do desenvolvimento de discursos práticos que visam resgatar, respectivamente, pretensões de correção de normas jurídicas e de adequação de suas aplicações”.

Habermas compreende o Direito, portanto, a partir de uma perspectiva reconstrutivista e procedimentalista, com amparo na teoria do discurso, o que demonstra que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática de opinião e da vontade são a única fonte de legitimação do Direito, superando uma ideia metafísica de legitimação em um plano superior e, tampouco, em uma posição empiristas centrada unicamente em decisões legislativas (HABERMAS, 2011, p. 310). Existe, nesse panorama, um nexos conceitual ou interno entre Estado de Direito e Democracia:

A comprovação de um nexos interno entre Estado de direito e democracia exige o esclarecimento das seguintes proposições: o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral (II) a soberania do povo e os direitos humanos pressupõe-se mutuamente (III); o princípio da democracia possui raízes próprias independentes da moral (IV) (HABERMAS, 2012, p. 310).

Com efeito, o Direito para a Teoria do Discurso pode ser analisado tendo como ponto de partida o seguinte questionamento de Habermas: “Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político?” (HABERMAS, 2011, p. 308). Isso porque, como afirmado, para Habermas, a única fonte pós-metafísica de legitimidade do direito é o próprio processo democrático de sua criação, o qual possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, de forma a assegurar um caráter discursivo à formação política da vontade. Assim, o modelo jurídico contratualista é substituído por um modelo deliberativo, ou seja, “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso” (HABERMAS, 2012, p. 309).

Nessa linha, Reck (2009, p. 109), pontua que o modelo de política procedimental detecta uma teia de opiniões esparsas, as quais, mediante procedimento, são transformadas em poder comunicativo que, de um modo ou outro, se transforma em linguagem do Direito.

Veja-se que ainda Habermas não se utilize da expressão “decisão”, esta é usada pela pesquisa para indicar o momento no qual um Administrador Público ou o tomador de decisões em âmbito de uma gestão executiva, faz uma escolha acerca do gerenciamento e da execução de um serviço público de saúde. Isso porque toda a decisão compreende, em verdade, uma ação, operada em um processo de geração de alternativas, justificadas discursivamente e passível de entendimento em uma comunidade que esta socializada em um mundo da vida assemelhado.

As políticas públicas correspondem, nessa ótica, as unidades de ação. São, em verdade, instrumentos pelo qual as ações serão coordenadas em âmbito estatal. Assim são identificados os serviços públicos de saúde. A instituição do SUS e, notadamente, a rede de atendimento da atenção básica em saúde, instrumentalizam a prestação do serviço público, inclusive porque o próprio direito fundamental ao acesso aos serviços públicos de saúde se vislumbra como uma definição de coordenação de ação.

Como para o sociólogo (HABERMAS, 1990, p. 95) a coordenação da ação serve à integração social de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente, a partir dos atos de fala, os participantes da interação assumem ações de coordenação. Tudo isso torna possível, destarte, um acordo racionalmente motivado entre vários atores em um contexto de tomada de decisões da administração pública quando em face de possibilidade de atuação de atores privados, como o terceiro setor, na área da saúde, por exemplo.

É certo, ademais, conforme já levantado no capítulo anterior, que as escolhas públicas de serviços públicos de saúde corriqueiramente precisam cotejar a escassez<sup>58</sup> identificada em contextos sociais que identificam verdadeiras necessidades ilimitadas (atendimento em alta, média e baixa complexidade, atendimento ambulatorial, demandas por medicamentos e tratamentos médicos específicos, por exemplo), em face recursos limitados (nesse caso tão limitados que vinculados à uma lei orçamentária que se vincula, por conseguinte, à arrecadação meramente prevista de tributos).

---

<sup>58</sup> Em face da escassez, a constatação ratificada é a de que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas sociais e individuais, o que tem sido denominado pela doutrina como *escolhas trágicas*, ou seja, a noção de *trade-off*, ou de usuários como *trade-off*, isso é, toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida.

Mais especificamente, a pergunta que o Direito irá responder será a seguinte: Como coordenar, a partir da linguagem, os planos de ação das pessoas, que compartilham um mundo da vida – o que pressupõe um consenso geral sobre aspectos assertóricos e normativos – mas que não acordam, no entanto, acerca de suas cosmovisões, já que partem de ideologias distintas, que vão desde valores básicos, até o ideário de como os serviços públicos devem ser prestados?

Para equacionar essa questão, portanto, a Teoria do Discurso se reporta ao Direito, o qual, em termos de teoria social, tem a função de manter a estabilidade da integração social em meio a sociedades complexas, justamente em face do império de ações estratégicas “que operam num registro objetivamente da ação individual orientada para o sucesso, em face de barganhas ou ameaças de sanções coercitivas” (BLOTTA, 2010, p. 293), além de configurar um plano de ação acerca do que deve ser feito em dado tempo.

A transformação das comunicações políticas em Direito permite a comunicação daquela com todos os sistemas sociais, uma vez que o Direito é língua franca entre os diferentes sistemas sociais e também é um meio de liberação de tabus, ou seja, a partir dele todas as questões podem ser discutidas em uma dada comunidade. O Direito, procedimentalmente formado, produz a solidariedade que os indivíduos irão buscar na própria cidadania e não mais na cultura, religião ou história, demonstrando a geração de solidariedade entre estranhos a partir de uma instituição social criada decisoriamente e que pode se modificar a qualquer tempo, como o sistema jurídico.

Ademais, ainda se fale de ações governamentais, ou eleição de “melhores” escolhas na gestão estatal de âmbito local, é certo que junto à esfera pública também luta-se por influência, não somente a influência política, mas também “o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, reputação de cientistas [...])” (HABERMAS, 2011, p. 96). Desta feita, o uso estratégico latente da linguagem é parasitário já que que assim age, tem de infringir a condição de sinceridade da ação comunicativa “sem dar nas vistas” (HABERMAS, 2010).

Depura-se, portanto, que a racionalidade comunicativa concebe que age racionalmente aquele que, consciente de seus proferimentos e engajamentos comunicativos, é capaz de concordar ou discordar sem coações nas

comunicações mais variadas, como às referentes à verdade, à correção e à veracidade. Esse contexto reconhece o caráter construtivista do Direito, que o percebe como um conhecimento socialmente construído e não como um produto de deduções da razão ou de uma realidade suprasensível.

No item 2.2 dessa pesquisa, procurou-se demonstrar que a abertura constitucional a atuação complementar de privados na prestação de serviços públicos de saúde possibilitou que o terceiro setor penetrasse no panorama da execução e gerenciamento de serviços públicos e, assim, na seara da saúde pública. Viu-se, ainda, no item 2.1 que o terceiro setor se consolidou como um conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins de lucro, criadas voluntariamente pela sociedade civil e dotadas de administração própria. Assim, esse primeiro momento da pesquisa registrou que finalidades sociais do Estado vêm sendo executadas por figuras estranhas ao seu corpo, mesmo que a dicção constitucional não tenha sido no sentido de derogar a titularidade ou de abster o Estado da execução de serviços públicos de saúde e, ainda que esse fato não represente um retrocesso, *a priori*. De qualquer sorte, não restou consideração no primeiro capítulo dessa pesquisa acerca do ramo do Direito no qual a mesma se insere, o que se faz abaixo, de maneira sintética.

A doutrina administrativista reporta que o Direito Administrativo nasce a partir da identificação de um Estado de Direito que pôde erguer-se com o abandono da racionalidade absolutista que a Revolução Francesa legitimou (HACHEM, 2011). A partir de então, a contenção do Poder Político (Estado como meio e não como um fim em si mesmo), a primazia da lei, o liberalismo econômico e a instituição de um ramo do Direito capaz corresponder ao novo relacionamento entre Estado e indivíduos/cidadãos, tornam-se face do Estado de Direito, a este cumprindo salvaguardar a liberdade e a integridade das posições jurídicas alcanças pelos primeiros:

Se o sistema de Direito Público do Antigo Regime repousava principalmente sobre a ideia de superioridade da posição do Rei e do Direito costumeiro tradicional, da qual derivava o arbítrio no exercício do poder político e o dever de veneração e obediência dos súditos/servos, após a revolução iluminista esse mesmo Direito passou a nortear-se pela ideia de que “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária” [...]. Todavia, tal rompimento paradigmático somente ocorreu por conta do substrato cultural deste período histórico, fortemente marcado pelo pensamento racional libertário/iluminista e, tanto na esfera das ideias quanto das mentalidades, pela forte oposição ao

“espírito” do Antigo Regime e as formas jurídicas a ele correspondentes (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 161).

O Direito Administrativo desde sua gênese moderna – eis que no final do séc. XVII e em especial durante o séc. XIX institui-se como ramo jurídico autônomo, destacado do direito privado – contempla a análise dos serviços públicos. Esse conceito, de serviço público, teve contornos muito distintos no mundo ocidental após as revoluções oitocentistas. Ainda que contemporaneamente sua determinação ainda não seja unívoca (eis que a Constituição Federal de 1988-CF/88 igualmente furtou-se da definição expressa do que eles sejam), afigura-se mais específica a noção de serviços públicos somente a partir da concepção de Estado que um dado ordenamento jurídico-político institui em certo período e contexto histórico, à luz dos pactos sociais estabelecidos, tendo-se como base, em regra, uma explicação que seja realizada a partir da harmonização dos aspectos materiais (traços da própria atividade) e jurídicos (regime normativo incidente).

A passagem dos séculos a contar das revoluções liberais demonstrou, no entanto, a necessidade de serem revistos alguns dos pressupostos da modernidade pós-revolucionária, haja vista que a convivência coletiva exigiu o aprimoramento do aparato jurídico, notadamente pelo reconhecimento de que a sociedade vive em uma legítima Era dos Direitos (BOBBIO, 2004). Isso é, os direitos superaram as meras declarações, mais adstritas a teorias filosóficas, passaram para a concreção e por fim foram reconhecidos como universais – todo esse interim, por óbvio, à custa de uma conscientização histórica marcada pela revolução industrial, pelas duas guerras mundiais, pelos horrores do holocausto para, finalmente, tornar-se intransponível a formação de uma consciência moral global formada por princípios éticos universais que toda a humanidade pudesse/devesse seguir.

Expõe-se tal reflexão para que se possa adentrar no âmbito da atual racionalidade dos serviços públicos no âmbito constitucional brasileiro<sup>59</sup>, haja vista

---

<sup>59</sup> Aqui cumpre uma digressão sintética de como os serviços públicos são tratados pela doutrina ordinária no nosso ordenamento, o que se faz com o auxílio de Carvalho Filho (2012): primeiro, a doutrina brasileira tem origem notadamente no direito administrativo francês, com ênfase aos pensamento de DUGUIT, para quem os serviços públicos são a própria essência do Estado; segundo, a expressão admite o sentido subjetivo (a partir do qual leva-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade) e um objetivo (serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes). O Autor vale-se do conceito objetivo para descrever os critérios orgânico, formal e material de serviços públicos, concluindo que devem ser os três critérios somados para uma formação moderna da noção de serviços públicos. Carvalho Filho caracteriza ainda serviço público como sendo um dos objetivos do Estado, a ser prestado sob um regime de direito público, os quais podem se dividir em serviços administrativos, quando o Estado executa para melhor

que o estudo dos serviços públicos, acaba por traçar o elemento central de definição do próprio Estado, eis que a existência de um dado regime de prestação consolida a relevância da atividade para dada sociedade. Aqui, (com o recorte para os serviços de saúde), ratificando-se a posição de Eros Grau e Emerson Gabardo<sup>60</sup>, pontua-se que serviços públicos são atividades econômicas de titularidade estatal, das quais não se exclui a incidência da livre iniciativa. Atividade econômica, porque satisfeita por bens econômicos úteis, escassos e essenciais, que tiveram seu regime jurídico alterado mediante ação estatal legislativa. Esse espectro compreende os serviços públicos de saúde, direito cujo núcleo foi erigido a dever estatal pelo constituinte, sendo uma atividade materialmente essencial que a despeito de não ser privativa do Estado, é típico serviço público.

Destarte, o Direito, enquanto “*medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas” (HABERMAS, 2012, p. 191), garante a estabilização de expectativas de comportamento e relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares de direitos subjetivos, sendo destinado a solucionar problemas, regular conflitos e perseguir fins coletivos. Isso ocorre também em relação aos serviços públicos, eis que sua maior ou menor prestação pelo Poder Público depende diretamente da noção de Estado, como concepção política, que se tenha na contemporaneidade e da projeção que se dê, dentro dessa noção, aos direitos sociais e sua máxima efetividade. E estes (direitos sociais) foram

---

compor sua organização e serviços de utilidade pública aqueles que se destinam aos indivíduos. Já os serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclames sociais básicos, ou que representam uma atividade que gera comodidade relevante ou, ainda, os serviços assistências e coletivos. Para o Autor, os serviços econômicos são os que, embora classificados como serviços públicos, dão ensejo ao percebimento de lucros advindos de sua execução. Para HACHEM (2014, p. 127-128) o serviço público é composto por três elementos: o subjetivo, que consiste na titularidade do Estado, a quem cabe assegurar continuamente a sua prestação, fornecendo-os diretamente ou através de sujeitos privados por via da concessão ou da permissão; o material (ou objetivo), que diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de “utilidade ou comodidade material” — isto é, de prestações fáticas — e destinada à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, direta ou indiretamente ligadas à garantia e promoção de sua dignidade; o formal (ou jurídico), que se refere ao regime jurídico especial ao qual a oferta de tais atividades se submete, composto por princípios e regras de Direito Público, que têm por objetivo garantir a sua prestação adequada, com qualidade e acessibilidade a todos os que deles necessitem. Para o administrativista, dos três componentes, que devem estar sempre reunidos para que se possa considerar a atividade um serviço público, o mais decisivo para caracterizá-la como tal e diferenciá-la da maior parte das demais atividades estatais é o material, pois os outros dois são consequências diretas desse: “É o fato de a atividade envolver a prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas que gera ao Estado a obrigação de garantir o seu fornecimento permanente [...]”.

<sup>60</sup> Vide: O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal.

prescritos de maneira ampla pelo ordenamento constitucional pátrio, já que a CF/88 consubstancia uma Constituição analítica, preocupada com a garantia de direitos individuais e sociais e com a universalidade de acesso dos cidadãos aos programas de saúde pública:

A universalidade do acesso consiste em um dos princípios cardeais que compõe o regime jurídico dos serviços públicos. Ele determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos (HACHEM, 2014, p. 124).

Em face da indeterminabilidade conceitual dos serviços públicos<sup>61</sup>, estes acabam por traduzir, conforme já exposto, além dos seus aspectos jurídicos (regras e princípios concernentes), o caráter material (aspectos intrínsecos à própria atividade) imprescindível para a legitimação de qualquer tentativa formal de reconhecimento de um serviço como público (GABARDO, 2009). Segundo Reck (2009), o conceito de serviço público aparece, para o Direito, ligado ao próprio serviço público como se uma coisa só fosse, situação que leva à perda de riqueza analítica, mas que traz ganhos em termos de operatividade do direito.

Destaca-se, por oportuno, que não é na noção de serviço público que reside o alvo dessa pesquisa, mas sim o papel do Estado, dos Poderes Executivos locais, mais especificamente, quando prestador de serviços. Isso porque é esse questionamento que enseja a deliberação sobre o modelo de Estado Social que a CF/88 tutelou e, dessa forma, o modo como esses serviços serão prestados, inclusive porque esses são instrumento de desenvolvimento social. Schier (2011) ressalta que vinculação da noção de desenvolvimento com a de serviço público, se dá desde a origem do último, pois tal instituto nasce com a perspectiva de garantir os meios necessários para que a sociedade civil pudesse implementar suas atividades, principalmente as de cunho industrial, ainda que, não fosse à época, dirigido à diminuição de desigualdades sociais, mas sim como instrumento de gestão para o desenvolvimento econômico. Hoje, superados os pressupostos que estiveram no

---

<sup>61</sup>Cfme, Gabardo (2009, p. 156): “A Constituição não traz uma real definição de serviço público, restringindo-se apenas em elencá-los e atribuí-los. No máximo, resta no artigo 175 a consagração da possibilidade de prestação “direta ou indireta”, sendo que, em qualquer caso, trata-se de um “dever” do Estado”.

nascedouro do Estado de Direito, os serviços públicos também materializam a dignidade humana e os demais direitos fundamentais. É por isso que se diz que os serviços públicos são atividades materiais que se prestam ao atingimento do interesse público, permeadas pelos pressupostos da essencialidade<sup>62</sup> e da necessidade.

A partir do ponto de vista material, os serviços públicos consistem em espécie de atividade econômica em sentido amplo (HACHEM, 2014, p. 125). Esta se caracteriza pela produção, circulação e comercialização de bens e serviços de natureza econômica, ou seja, de objetos mais ou menos escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação de necessidades humanas, marcados pela sua utilidade e escassez: “Atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras, são peculiarizadas por essas notas”.<sup>63</sup>

A CF/88, conforme o *caput* art. 173, dispõe que a exploração direta das atividades econômicas (em sentido estrito) é reservada à iniciativa privada (e, quando por esta prestada, regidas pelas regras e princípios do Direito Privado), sendo permitido ao Estado realizá-las somente em hipóteses excepcionais, quando será empregado um regime “parcialmente derogado por normas de Direito Público” (Op. cit. p. 125):

Já os serviços públicos constituem atividades econômicas lato sensu cuja prestação, em virtude de uma decisão estatal consolidada pelo ordenamento jurídico, é considerada atribuição típica do Poder Público, a quem incumbe o dever de garantir que serão oferecidas continuamente à população e sob a incidência de um regime principiológico peculiar de bases juspublicistas (HACHEM, 2014, p. 126, grifou-se).

Como atividades econômicas em sentido amplo que o são, os serviços públicos, como os de saúde, em princípio poderiam ser livremente exploradas pela iniciativa privada sob o regime de mercado. Entretanto o Estado, reconhecendo-os como atividades demasiado importantes para a satisfação de relevantes

---

<sup>62</sup> Aqui reside outra classificação de um conceito clássico de serviços públicos, a noção de três aspectos, quais sejam: essencialidade (é o elemento material que diz que existe um núcleo de serviços públicos, definido constitucionalmente que são essenciais para a coletividade), o cunho orgânico (refere-se ao vínculo da atividade com o Estado, que a presta de forma direta ou indireta, em face da ausência de transferência de titularidade) e o regime jurídico (a atividade se desenvolve com normas e princípios específicos de viés juspublicista, voltadas à consecução do interesse público).

<sup>63</sup> Explica-se que isso independentemente de quem esteja autorizado a prestar a atividade: Poder Público ou entidades privadas.

necessidades humanas, reputou que seria inadequado correr o risco de que se tornassem inacessíveis a uma parcela da população.

Destarte, o ordenamento jurídico pátrio atribuiu à Administração Pública a obrigação de assegurar que tais sejam prestados permanentemente, estipulando princípios de observância obrigatória sobre eles incidentes para atingir a finalidade de que todos os cidadãos que delas necessitem possam acedê-las de maneira igualitária<sup>64</sup>. Inclusive porque, inquestionável a profunda sinergia entre o instituto do serviço público e os direitos fundamentais sociais, eis que estes estão expressamente consagrados no texto constitucional, bem como nas disposições implícitas e nos tratados internacionais de direitos humanos, todos esses contemplando “o propósito de atender às necessidades elementares das pessoas, resguardando e promovendo a sua dignidade” (HACHEM, 2014, p. 128).

Com segurança, aponta-se que, ainda que as atividades econômicas em sentido amplo (*lato sensu*) possam operar concomitantemente pela iniciativa privada e pública “o que faz delas serviços públicos é a obrigação que a Lei Fundamental faz recair sobre o Estado de manter a sua prestação” (HACHEM, 2014, p. 127), a partir da prestação direta ou da delegando da execução a particulares, mediante fiscalização – com observância aos princípios jurídicos que assegurem que o objetivo a elas inerente será atendido, qual seja, tornar os serviços públicos disponíveis a todos os que delas careçam, pressupondo a submissão a um regime jurídico especial e mais benéfico ao cidadão.

Dito isso, cumpre ter assente que uma decisão em âmbito de gestão pública, além de configurar uma ação (a depender das circunstâncias, comunicativa ou estratégia), necessariamente impõe uma valoração, isso é, uma escolha que será melhor que a outra segundo os critérios aos quais se dê prioridade de cumprimento pelos responsáveis para tanto. No âmbito dos serviços públicos, cumpre sobremaneira ao tomador da eleição a necessidade de justificar a valoração, eis que esses são os principais instrumentos de que dispõe uma gestão para a concreção de direitos, o que exige uma atuação intransferível e proporcional do Estado, de

---

<sup>64</sup> Conforme se deduz do art. 175 da Constituição, *caput*. Não se trata, destaca-se, de um serviço qualquer, mas sim de um serviço adequado, em conformidade com princípios específicos a serem previstos na ordem jurídica, com o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos o acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado.

sorte que escolhas meramente subjetivas ou sem uma racionalidade consentida não são admitidas em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.

Aponta-se que o ordenamento jurídico interno (e suas instituições postas) – enquanto força social integradora e produto social – pode ser revisto a qualquer momento. Entretanto, o regime jurídico-administrativo, conquista social brasileira no ambiente de redemocratização e albergado expressamente no ambiente constitucional, articula-se igualmente como integrante do princípio do bom governo para fins de desenvolvimento das funções administrativas conforme o modelo de Estado Social e Dirigente esculpido constitucionalmente.

Questiona-se, nesse sentido, se a ordem constitucional brasileira sustenta um direito fundamental à boa administração na perspectiva material. Com efeito, parece inequívoco que uma boa administração possui papel destacado em nosso regime democrático, já que a Constituição Federal coloca a pessoa humana como seu centro, e a Administração Pública como instrumento de concretização dos direitos que a Carta de 1998 lhes assegura. Sem embargo, para tanto, não basta que a administração simplesmente exista e realize suas atividades de forma mecânica e desinteressada, mas sim busque efetivamente atingir seus princípios e objetivos:

Não se cuidaria, portanto, de inovação propriamente no elenco original de direitos fundamentais; mas da explicitação de que esse Estado, que se apresenta no século XXI, dotado de funções que vão muito além da polícia, assume compromisso não só em relação aos resultados concretos de sua atuação, mas igualmente tendo em conta todo o espectro de formulação, implementação e avaliação das escolhas públicas que lhe são cometidas empreender (VALLE, 2010, p. 131).

Assim, concebendo-se a existência do referido direito em nossa ordem constitucional, cumpre delimitá-lo de forma mais precisa. Destarte, o direito à boa administração pode ser considerado como o direito de que a atividade estatal tenha suas escolhas tomadas de forma racional, que as atividades operacionais sejam executadas de forma eficiente, econômica (sem desperdícios, submetendo-se a controles interno e externo, inclusive de meios), efetiva (que de fato produza retornos à sociedade) e, especialmente, que subordine a atuação estatal ao valor finalístico da supremacia do interesse público, sob pena de resultar em instituto meramente simbólico.

O direito ao bom governo, frisa-se, poder ser compreendido como um termo “guarda-chuva”, ou melhor, conforme Reck (2017), como uma unidade operativa

(conjunto de operações significativas que provoca outras operações dentro do Direito, dando operacionalidade a seus elementos). Isso porque abarca uma ampla gama de direitos fundamentais, princípios e outras normas constitucionais, os quais conjuntamente atuam para buscar a qualidade da atividade administrativa. Assim, zelar pela observância deste postulado significa referenciar o próprio regime jurídico-administrativo para fins de desenvolvimento das funções governamentais conforme o modelo de Estado Social constitucional.

Gabardo (2009, p. 155), diz que a partir da CF/88 uma das funções do Estado constitui-se na “redução por meio coletivo das desigualdades e a consagração de uma alteridade republicana”, já que a Lei Fundamental “estabelece uma proposta adequada em termos de manutenção de um regime forte de direitos fundamentais a partir de uma Constituição dirigente” (Op. cit. 346). É que a distribuição e o compartilhamento social de direitos e recursos é constrangedora em âmbito pátrio, “o que requer um questionamento sobre as tradicionais distinções no tocante aos tipos de direitos e às espécies da atuação estatal” (GABARDO, 2009, p. 162).

Por esse motivo, ainda que assentadas no ambiente que envolve a execução de serviços públicos, a partir de regulamentação e interpretação que lhe albergam franca institucionalização, vínculos com OS e oscips nas últimas décadas, ao revelarem uma verdadeira fuga de responsabilidades estatal pela concreção de políticas públicas na área da saúde, parecem destoar da ideia que se tem de uma boa administração, o que restará melhor evidenciado no capítulo seguinte.

Nessa toada, é preciso recapitular o seguinte: a reforma gerencial que ocorreu no Brasil na década de 1990 instituiu, como visto, o modelo das organizações sociais para a gestão das atividades pertencentes ao espaço público não estatal, incluídas aí a prestação de serviços no âmbito do SUS. A essa situação fática, alia-se que o SUS, em que pese instituído pela CF/88, passou a ser efetivamente implementado nos anos seguintes, após a promulgação das Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990. Isso significa que sua estruturação se deu concomitantemente a um panorama de crise fiscal e inflacionária no país. Ou seja:

O Sistema Único de Saúde (SUS) era implementado com ênfase na descentralização das ações para a esfera pública municipal e na década seguinte com a expansão acelerada e em grande escala dos serviços de atenção primária com Estratégia da Saúde da Família (ESF). Tudo isso ocorreu em um ambiente de restrição de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (SILVA, 2014, p. 14).

Esse cenário de forte “redução do Estado”, a partir da década de 90 contraditou com a premência de novas incorporações de pessoal nos quadros de servidores públicos para fazer frente à política pública de gênese constitucional e da estruturação física local para o atendimento do cidadão. De sorte que, para alguns, os postulados gerenciais inviabilizaram o avanço do SUS (como para Silva (2014)). Também, esse quadro, possivelmente significou uma das causas da procura dos Gestores públicos municipais por alternativas fora do Estado para implementar o acesso aos serviços públicos de saúde.

Ocorre que os trabalhos de controle, a própria mídia (ver: O GLOBO (2016); ACP (2016), e a realidade da gestão pública têm identificado que esses vínculos, ao contrário de significarem uma inovação em termos de ação pública, conforme retórica fundante, revelam a abertura à fraudes, desvios, malversação de recursos governamentais, fatos que decorrem exatamente da supressão do regime jurídico administrativista e adoção de medidas como: contratação de pessoal de forma pessoalizada e partidarizada (mediante o emprego de parentes como dirigentes de entidades, por exemplo), opacidade quanto à execução dos valores públicos repassados, “boicote” à atuação do controle externo, ausência ou fragilidade de documentos que componham a prestações de contas de recursos objeto de fomento, aquisição de bens e serviços com base em critério subjetivos, formação de preços a integrarem orçamentos sem critérios de mercado ou plenamente e previamente auferíveis, dentre muitas outras práticas que se alinham à uma precarização de institutos que intentam a proteção do interesse público.

Nesse âmbito, questiona-se, porque endossar um regime jurídico de direito público?

É nessa medida que se pode afirmar que o modelo sob análise propugna uma preponderância do interesse público sobre o interesse privado, no sentido de que incumbe ao Estado [...] assegurar que as condições de existência digna entre os cidadãos – promovidas através da efetivação dos direitos fundamentais de todas as espécies, sobretudo os sociais – sejam proporcionadas. [...] o que exige a adoção de medidas estatais que impeçam que o individualismo exacerbado ocasione a prevalência de interesses exclusivamente particulares sobre os interesses da coletividade (HACHEM, 2011, p. 87).

Ou seja, é o ordenamento constitucional pátrio que demarca as bordas de atuação dos interesses particulares em face da administração pública. Desta

feita, é próprio do regime jurídico-administrativo nacional a outorga de prerrogativas e benefícios especiais ao Poder Público, os quais são necessários à satisfação do interesse público e que não é encontrável no direito privado (HACHEM, 2011, grifou-se).

Inclusive, para Habermas, também o direito exige normas que além de coercibilidade, possam demarcar os contextos das ações estratégicas. Aliás, o destaque a ações estratégicas orientadas ao sucesso em face de ações verdadeiramente comunicativas pauta a racionalidade do direito e, ainda que esferas procedimentais próprias tenham em dado contexto social consentido com a atuação de entidades privadas no setor público sem o estabelecimento de controles efetivos ou outras garantias que resguardassem a supremacia do interesse público ao ganho de influência, essas se institucionalizaram.

Isso é, a existência de discursos jurídicos que fundamentem a atuação do terceiro setor na prestação de serviços públicos como forma de desburocratização e flexibilização de controles demasiado legalistas, pode ser identificada com certa áurea de negatividade que permeia (ainda que nem sempre) as ações estratégicas. Entretanto, sendo possível detectar problemas nesses vínculos desde a sua concepção, dada eventual descaracterização de um contrato de gestão pela ausência da natureza convenial, por exemplo (quando resta evidente uma relação contratual ou de mera intermediação de mão de obra), denota-se que efetivamente a ação social havida não caracteriza uma verdadeira ação comunicativa, eis que ainda que voltada ao consenso, visa a busca de fins individuais e a influência.

Essa ação pública que abrange conotações políticas e jurídicas deve ser justificada por meio de argumentos válidos, além do mais, essa decisão deve ser passível de entendimento pela comunidade socializada em sua circunscrição e passar por um escrutínio público, eis que é da dicção constitucional e infralegal adstrita aos serviços de saúde, infere-se que assim o seja, sob pena de termos uma decisão irracional. Nesse panorama, a eventual distância entre o princípio do discurso e o meio discursivo do direito pode redundar na supressão do viés democrático: veja-se, somente se o Direito for democrático ele poderá ter força suficiente para coordenar ações, isso quer dizer, um Direito que possa ser modificado a qualquer tempo e que seja fruto de uma decisão procedimentalmente tomada.

Desta feita, do ponto de vista da teoria constitucional contemporânea e à

luz do Direito enquanto procedimento, uma decisão pública racional é exatamente o oposto de um Estado descompromissado com a prestação de serviços públicos sociais – o que se opera hoje no Brasil por meio dos esforços de (des)publicização. E, a fuga do direito público corrobora esse distanciamento, quando os governos deixam de realizar políticas públicas sociais universais, dirigindo seus recursos e atenção a programas pontuais e segmentados com organizações de direito privado determinadas.

Ousa-se sustentar aqui que – em face da escassez de financiamento (há menos recursos que o necessário), somada as dificuldades geográficas de captação de profissionais, às limitações impostas pela LRF e aos próprios problemas que envolvem a execução de uma política pública – além de Gestores estarem diante de *escolhas trágicas*, os mesmos se deparam com a opção entre escolhas fáceis e escolhas difíceis; estas relacionam-se com o planejamento a longo prazo das políticas de atenção à saúde, com estudos preliminares acerca do plano de cargos e da execução orçamentária, com a existência de legislação adequada, com o recrutamento de servidores via concurso público, a partir de um certame isonômico e eficiente, com a captação de financiamento junto as outras esferas da federação e com o incremento de receitas próprias, com a elaboração de planos de trabalho, com a estruturação física de unidades de atendimento, com a realização de obras de infraestrutura, com a disponibilização de cursos e treinamentos aos servidores, etc...Tais escolhas difíceis conflitam com as escolhas pretensamente fáceis: organizar um edital, qualificar uma entidade já existente e por fim, repassar recursos.

Também, é de notório conhecimento que as decisões dos gestores municipais pela vinculação do terceiro setor nos serviços de saúde são escolhas, em regra, solipsistas, o que as tornam, novamente, mais “fáceis”, do que se devidamente levadas ao escrutínio deliberativo. Não bastasse a CF/88 e as leis aplicáveis determinarem a participação de Conselhos Municipais de Saúde, inclusive como forme de controle da Administração Pública, essa não é uma realidade assente, tendo muitos trabalhos de fiscalização ressaltado esse *déficit* democrático:

7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990 (TCU, Acórdão 3239/2013).

Ademais, acerca do *déficit* de transparência, registra-se ensaio que analisou junto ao Município de Porto Alegre o cumprimento da Lei de Acesso à Informação por 6 (seis) oscips, durante os exercícios financeiros de 2015 e 2016, no tocante à disponibilização de informações acerca dos recursos públicos que estas perceberam para o desempenho de suas atividades. O estudo assim concluiu:

Nota-se, primeiramente, que não há cumprimento integral da Lei de Acesso à Informação, considerando que ainda não existe a disponibilização da prestação de contas referente à destinação dos recursos públicos repassados às entidades privadas. Ademais, ao consultar o link referido pelo ente público, não foi possível localizar as seis OSCIPs ora em estudo na lista de convênios ativos. Portanto, foi realizado novo pedido de informações por meio do SIC, porém de forma mais específica [...]. é possível afirmar que, ao exercer a transparência passiva, a Prefeitura de Porto Alegre não forneceu as informações nos exatos termos requeridos, pois, conforme constante no questionamento supra, foi levado a conhecimento da prefeitura a dificuldade em localizar os termos de convênios celebrados com as seis OSCIPs listadas, porém não foi apresentada resposta clara e objetiva acerca do inconveniente [...] (CORAZZA; ERTEL, 2017, p. 12).

Em casos como estes, em que não se verifica a força consensual do entendimento em termos de efetivação de transparência da execução da despesa pública (ainda que os consensos normativos da sociedade brasileira vinculem a publicização extensiva de recursos públicos), a coordenação da ação se efetiva sob a influência de atores uns sobre os outros e sobre a situação da ação (HABERMAS, 1990, p. 71). Disso conclui-se que não existe, muitas vezes, um interesse do gestor privado em prestar contas e o gestor público não faz essa exigência pois isso demandaria dele um possível rompimento convenial, a conseqüente retomada da responsabilização pela execução da política pública e as demandas daí advindas.

Deve-se ter em mente que a partir da ação comunicativa, no entendimento motivador entre os dois participantes, as ações de fala “não podem ser realizadas com a dupla intenção de chegar a um acordo com um destinatário sobre algo e, ao mesmo tempo, produzir algo nele, de modo causal” (Op. cit. P. 71), eis que o um acordo não pode ser imposto e nem forçado por uma das partes, seja de forma direta ou “através de uma influência calculada sobre os enfoques proposicionais de um oponente:

Em suma, o Direito deve ser observado para realizar a verdadeira emancipação e autonomia, as quais se operam em meio à comunicação livre – isso é, afastada de ideologias e próxima de razões, eis que a ideologia interdita a razão

de operar. Assim, decisões no âmbito da administração pública pressupõe que os princípios e dogmas que digam com a transparência na gestão pública, a probidade administrativa, a prestação de contas de quem recebe e/ou gere recursos estatais, para dizer o mínimo, estejam em plena vigência e sejam o fim da ação estatal.

Isso quer dizer que o regime jurídico de direito privado é insuficiente para atender as obrigações de moralidade administrativa, eis que possui em sua origem um núcleo que é precisamente a irradiação da propriedade privada (RECK, 2017, inédito). E, este paradigma individualista de Estado já se encontra superado haja vista a consolidação de um modelo de Estado Social de Democrático de Direito no Brasil, no qual se outorga ao Poder Público as funções de promoção de justiça social e igualdade material.

Ademais, como refere Hachem (2011), a própria refutação endereçada a existência do princípio da supremacia do interesse público por parte da doutrina, constituem-se, em verdade, em uma manobra destinada à fuga do regime jurídico próprio do Direito Público. Dessa forma, a rejeição da supremacia do interesse público sobre o interesse privado presta-se a “corroborar com uma tendência de privatização do espaço público” (HACHEM, 2011, p. 391).

### **3.2 Os discursos que fundamentam o controle externo e a ação deste em face de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público “parceiras” do Estado social: a comunicação sobre a comunicação**

Conforme exposto, as sociedades contemporâneas regulam seus conflitos a partir da linguagem do Direito. Nesse sentido, a relevância dos discursos jurídicos são imensuráveis, eis que sua força motora pode refletir em prol ou contra dos cidadãos. Com efeito, em um contexto em que ações e subsistemas de interesse estratégico estão cada vez mais institucionalizados, é esperado que o Estado de Direito promova o equilíbrio na tensão entre facticidade e validade, o que só é possível a partir do momento em que exista consenso sobre a legitimidade das instituições e seja possível que estas possam preservar a sua força integradora.

Refletindo acerca das instituições públicas contemporâneas, diga-se que o constitucionalismo moderno se vinculou à separação tripartite de poderes, tendo sido

sua formulação clássica<sup>65</sup> insculpida no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789. A partir de então o princípio foi adotado pelos Estados Constitucionais em formação, transformando-se no núcleo da estruturação destes. A separação de poderes, a partir de Montesquieu adquire ares de cientificidade e se tradicionalmente a separação concebia-se entre legislativo e executivo, a partir de sua obra, acresce-se a função judicial, podendo considerá-la totalmente jurídica e não também política (como em Locke), ainda que fosse concebido que o francês considerasse a jurisdição como mera “boca que pronuncia sentenças da lei”. Assim, tem sido proposta novas classificações de funções do Estado, com bases mais científicas e que melhor refletem as realidades históricas e sociais nas quais cada Estado de encontra: “a prática mundial já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite” (TAVARES, 2011, p. 25).

Jacoby Fernandes (2016) descreve que a terminologia “poder” é inadequada, conforme adoção pelos constituintes modernos, eis que não se podem confundir as funções do Estado (legislativa, executiva e judicial) com um poder político/estatal indelegável. Nesse sentido, é inquestionável que existem funções outras junto ao Estado que não são as três clássicas (decorrentes justamente das novas necessidades do Estado que se apresentam no constitucionalismo pós-moderno), e que nem por isso deixam de se garantidas pela Constituição vigente:

Mesmo no exterior, vem crescendo vozes que não mais identificam a teoria da tripartição das funções de forma rígida [...]. Sem alarde e revelando ser inevitável o desajustamento dos fatos ao aprisionamento imposto pela estaticidade da teoria tripartida das funções do Estado, o constituinte brasileiro tem evoluído, tal como ocorre em outros países. No sistema jurídico pátrio, é correto afirmar que a separação de funções legislativas, administrativa e judiciária não é absoluta, nem é restrita aos órgãos do respectivo poder (FERNANDES, 2016, p. 134).

---

<sup>65</sup> Ao se refletir acerca da separação de poderes no âmbito interno de um Estado, é contínua a conexão com Charles de Montesquieu, notadamente sua obra *Do espírito das leis*, datada de 1748. Para Britto (2011, p. 40), entretanto, foi antes, a partir do pensamento de John Locke, no final do século XVII, que o pensamento jurídico se abriu para a compreensão de que não há liberdades políticas, nem governos moderados e, tampouco respeito aos direitos naturais do ser humano, sem que as funções básicas do Estado estejam distribuídas entre distintos órgãos públicos. De qualquer sorte, o pensador francês, quase um século após, sistematizou de maneira mais completa o entendimento acerca da distribuição de “poderes” entre diferentes instâncias independentes, em número de três, a cada uma cabendo uma função essencial do Estado.

Mello (2010, p. 31) também se refere ao ponto, sustentando que a “triologia” não reflete uma essência inexorável, sendo pura e simplesmente uma construção política bem-sucedida e com claro viés ideológico “impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes”. Assim, dada a própria historicidade dos direitos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 5), aliada à reflexão de que a separação rígida de poderes não se constitui em uma verdade apriorística, tem-se que essa estruturação revela um aspecto contingente da história e da sociedade pós Revolução Francesa.

Dessa forma, não pressupondo a separação de poderes como dogma absoluto, a atual estrutura constitucional albergou instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, esses com características *sui generis* e que poderiam integrar um quarto poder, para alguns doutrinadores. Nesse sentido, é celebre o artigo de autoria do então Ministro do Tribunal de Contas da União, Iberê Gilson<sup>66</sup>, de 1968, que propugnava que as Cortes de Contas se constituíam em um quarto poder, o Poder Controlador:

Neste exato instante, nossa Côrte de Contas sai das novas disposições constitucionais mais vivificada, mais robustecida e mais enobrecida e se apresenta, não como o sol de inverno europeu, que ilumina mas não fecunda, e sim como um facho de luz e vida, geratriz das maiores emanções da justiça administrativo-financeira, tão sonhada em sua perfeição e realidade. Cõnscio da verdadeira senda da exatidão encontrada na reforma de nossa Casa, e esposando o pensamento do Nôvo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO como uma instituição aureolada na exercitação de sua missão sublime, comungamos dos mais nobres propósitos de visualização de um sistema de contrôle soberano e absolutamente perfeito, convictamente reputando o nosso (GILSON, 1968, p. 143, grifou-se)

Ainda que não se ratifique aqui o entendimento do Ministro, de que os Tribunais de Contas poderiam compor um quarto poder e, tampouco, vislumbra-se essa perspectiva em relação ao Ministério Público, justamente pela filiação à

---

<sup>66</sup> Em 13 de dezembro de 1966 foi nomeado ministro do Tribunal de Contas, exerceu a presidência desse órgão entre 1969 e 1970. Como delegado ou membro de delegação participou de numerosos congressos e reuniões por todo o mundo, entre eles o VI Congresso Internacional das Instituições Superiores de Controle de Finanças Públicas, em Tóquio, e da V Reunião do Conselho Dirigente da Organização Internacional das Instituições Superiores de Controle das Finanças Públicas (Intosai), em Viena. Em 29 de março de 1971 aposenta-se do cargo de ministro e ainda foi, de 1974 a 1979, subchefe da Casa Civil do governo do general Ernesto Geisel (TCU, [s/d], <<http://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/min-ibere-gilson-1966-1971.htm>>).

perspectiva mais adstrita a existência de genuínas funções de Estado, é inequívoca a importância desses órgãos de controle no aparato constitucional, bem como a sua autonomia e independência<sup>67</sup>.

Acerca do processo de legitimação das instituições, Habermas (2012, p. 325), reporta não ser possível um retorno à concepção liberal de Estado e de esquema clássico de separação e interdependência entre poderes (segundo o qual os direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos em oposição ao Estado). Destarte, o poder social, econômico e administrativo deve ser disciplinado por parte do Estado e do direito, não se permitindo que convicções éticas consuetudinárias não se tornem as forças legitimadoras da formação democrática. Explica-se: uma concepção procedimental em face da sobriedade da Constituição Federal de 1988 se assenta na identidade da forma de vida compartilhada entre os cidadãos. E essa comunidade vê nas instituições de controle externo o próprio aperfeiçoamento do Estado de Direito – contra a subjugação do sistema jurídico através do poder ilegítimo, não domesticado juridicamente (Op. cit., 2012, p. 61).

Registra-se que sem embargo de estarem vinculadas às funções de controle do Parlamento, as Cortes de Contas possuem autonomia e independência de atuação sobre os Entes estatais, exercendo suas atribuições fiscalizatórias<sup>68</sup> com amparo em competências constitucionais próprias,

---

<sup>67</sup> Dessa forma, alia-se ao posicionamento de Jacoby Fernandes (2016), quando este refere que são superficiais os estudos que apregoam que os Tribunais de Contas são meros auxiliares (apêndices) do Poder Legislativo, pois desconhecem a estrutura técnica e autonomia financeira e administrativa dessas entidades.

<sup>68</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos respon-

exclusivas e indelegáveis (MILESKI, 2011, p. 209). Relativamente àquela competência que mais importa nesse momento, transcreve-se:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988, grifou-se).

Ou seja, quanto ao controle dos TCs sobre o Terceiro Setor parceiro do Estado e financiado (ainda que em parte) por este, registra-se que os discursos que fundamentam a atuação fiscalizatória por parte dos primeiros decorrem da própria Constituição Federal, à luz do o parágrafo único do artigo 70, acima transcrito.

A título informativo, registra-se que o primeiro Tribunal de Contas do país foi o Tribunal de Contas da União, criado em 1890, através do Decreto 966-A de 07 de novembro de 1890, mediante iniciativa de Rui Barbosa, Ministro da Fazenda na época. A primeira Constituição republicana do Brasil institucionalizou o Tribunal de Contas, em 1891, no artigo 89, conferindo-lhe a competência para liquidar e verificar a legalidade das contas da receita e da despesa antes de serem prestadas para o Congresso Nacional. A instalação deste Tribunal ocorreu no ano de 1893<sup>69</sup>.

---

sáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

<sup>69</sup> No Brasil, no ano de 1680, foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, ambas jurisdicionadas à Portugal, para o controle das finanças públicas. Em 1808, instalou-se, por ordem de Dom João VI, o Erário Régio. Neste ano, foi criado também o Conselho da Fazenda que tinha como função principal acompanhar a execução da despesa pública. O Conselho da Fazenda foi transformado em Tesouro da Fazenda na Constituição de 1824. A iniciativa para a criação de um Tribunal de Contas no Brasil ocorreu em 1826, através de um projeto de lei proposto no Senado pelo Visconde de Barbacena, Felisberto Caldeira Brandt e José Inácio Borges.

O Tribunal de Contas da União-TCU<sup>70</sup> é instituição paradigma em âmbito federal de controle externo, devendo as normas constitucionais que lhe dão guarida serem aplicadas, no que for cabível, aos Tribunais de Contas junto aos Estados, Distrito Federal e aos Tribunais de Contas Municipais. Os Tribunais de Contas dos Estados têm de obedecer de pronto as regras constitucionais previstas no parágrafo único do artigo 75 da CF/88 e quanto sua constituição se dará por sete conselheiros.

Considerando o que abordar-se-ão na sequência os discursos de aplicação da Corte de Contas Gaúcha, cumpre uma reflexão acerca da esfera decisória desses órgãos. Conforme IOCKEN (2014), o rol de competências elencado no artigo 71 da Constituição Federal evidencia que as decisões dos TCs estão compreendidas na esfera do “indecidível” e, portanto, dissociadas do requisito do consenso enquanto alicerce de legitimidade. Para a Autora, nessa esfera, cumpre ao Tribunal evidenciar através de sua verificação cognitiva o cumprimento das normas orçamentárias e financeiras, sob o viés da legalidade em sua concepção ampla.

No que tange à competência referente ao julgamento das contas dos gestores responsáveis pela aplicação de recursos públicos (artigo 71, inciso II, CF/88), a natureza desse julgamento difere da competência de emitir parecer anual, conforme inciso I do mesmo artigo (na qual o discurso reveste-se de caráter meramente técnico opinativo, pois o julgamento é político, próprio às Casas Legislativas). Isso porque o inciso II consagra função julgadora típica, acerca dos critérios de legalidade, legitimidade e economicidade de todos os atos de gestão que englobem

---

<sup>70</sup> Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tripartite pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal. [...] Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

a aplicação de recursos públicos. Acerca do julgamento das contas dos gestores (inciso II do artigo 71), ratifica-se a seguinte reflexão:

Nessa hipótese há propriamente o exercício de competências de natureza judicante, que permitem a imposição de sanções aos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Não há qualquer margem para arbitrariedades, mas tão somente a aferição imparcial do cumprimento da lei. Adentra-se novamente na esfera do 'indecidível', em que a validade da decisão de aplicação da lei para uma hipótese legal, sob o comando do caráter cognitivo do julgador, está condicionado à verdade de sua motivação (IOCKEN, 2014, p. 201).

Registra-se que por intermédio do contrato de gestão, ao teor da Lei nº 9.637/1998, poderão ser repassados à OS, além de recursos orçamentários, bens públicos e servidores, o que, no segundo caso, se dá mediante dispensa de licitação, em geral, através de permissão de uso, conforme o contrato. Diz-se isso para assentar o entendimento de que a transferência da execução de serviços públicos de saúde para tais entidades, que importem nessas prerrogativas, insere-se, de pronto, na incidência do art. 70, parágrafo único, combinado com o art. 71, inciso II. Isso porque, sendo públicos não apenas os recursos para a execução convencional, como também os demais insumos empregados, é inafastável a incidência de controles que digam com a consecução dos interesses da sociedade – destinatária das prestações objeto da transferência em tela – como é o caso do controle externo.

Com efeito, as leis que disciplinam os contratos de gestão e os termos de parceria dispõem que a fiscalização sobre os vínculos é de responsabilidade do órgão integrante do Poder público afeto à área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º da Lei nº 9.637/98 e art. 11 da Lei nº 9.790/99), que atua de forma concomitante aos mecanismos de fiscalização do controle social (artigo 20, III e § 3º do artigo 11).

Quanto à fiscalização por parte dos Tribunais de Contas, a Lei das OS apenas aduz no seu artigo 9 que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, texto que é reproduzido no artigo 12 da Lei nº 9.790/99, com modificação pertinente para as oscips.

Nesta perspectiva, a atuação dos Tribunais de Contas, no que concerne à fiscalização dos instrumentos jurídicos de parceria e os resultados daí advindos, dependeria, considerando um mero silogismo, de notificação realizada pelos responsáveis dos órgãos de supervisão, acerca de eventuais irregularidades e/ou ilegalidades na utilização de recursos ou bens públicos pelas entidades parceiras. No que tange a referida previsão legal, entende-se que o discurso de justificação não preencher o Princípio D, eis que não evidente aí a garantia de satisfação da pretensão de correção de todo e qualquer tipo de norma ou enunciado jurídico, revelando um problema no próprio conteúdo do discurso de fundamentação.

Essa inteleção é oportuna porque uma hipótese de norma só poderá ser designada como adequada se for compatível com todos os outros aspectos normativos da situação. Conforme Günther (2011, p. 193) enquanto não lhe for atribuído esse predicado (verificação dos aspectos normativos) será considerada “apenas como um ponto de vista entre outros, cuja inter-relação deverá ser avaliada em vista da situação”.

Ademais, para Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 208), o problema do silogismo está na sua recepção pelo Direito, isso é, na concepção de que a resposta estaria nele mesmo e não na prática comunitária. Nessa ideia neopositivista, a ciência jurídica, apenas enunciara a verdade contida no silogismo. Para os autores, é necessário “lembrar quão fantasiosa é a vida do jurista, ao imaginar que dicionários resolvem algum problema de significado, ou que o sentido emerge da lei isoladamente” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 191).

Por tudo isso, sustenta-se que às Cortes de Contas compete a fiscalização sobre as prestações das contas que as entidades debitam ao Ente repassador, sob todos os aspectos que digam com as regras e princípios de direito público. Também, advoga-se pelo estabelecimento de uma relação direta entre OS e oscips e TCs nos casos em que apurado dano ao erário que demande a reposição de valores aos cofres públicos, situação na qual os dirigentes e/ou responsáveis devem integrar os expedientes administrativos como partes. Dessa forma, eventual aprovação das contas no âmbito da entidade ou do Ente público, inclusive, em nada vincula entendimento divergente na apreciação da matéria pelos Tribunais de Contas, podendo estes, nos limites da sua competência constitucional e

legal, decidir de forma diversa com fulcro nos fundamentos e elementos probatórios coligidos nos autos.

Em suma, a análise ordinária em primeira instância das prestações de contas da aplicação de recursos públicos repassados ao Terceiro Setor não compete aos Tribunais de Contas. O que, no entanto, não exclui em nenhuma hipótese a prerrogativa destes de realizar ações de fiscalização de controle externo, por iniciativa própria ou por provocação.

Apenas para completude do raciocínio, diga-se que a doutrina administrativista é divergente ao acatar o ponto de vista acima, citando-se aqui Fernandes (2016), para quem, em se tratando de entidade tipicamente privada instituída e mantida com recursos privados, a competência das Cortes limitar-se-ia ao julgamento da prestação de contas, sem intromissão nos atos de gestão. Contudo, se a entidade não é tipicamente privada, por ter sido constituída ou mantida com recursos públicos (como é o caso que essa pesquisa aborda e como, em regra, as parcerias se operam), a fiscalização poderá ir além da mera prestação de contas, para fiscalizar se foram aplicados em conformidade com os princípios administrativos pertinentes, exigíveis por normas.

Violin (2015, p. 200), é mais enfático, ao propugnar que, por mais que a Lei nº 9.637/98 não cite o controle do Tribunal de Contas da União sobre as organizações sociais [...], “entendemos que em face do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, essas entidades devem prestar contas à Corte de Contas”. Assim, tanto o órgão fiscalizador, quanto o Tribunal de Contas exercem tal fiscalização.

Dito isso, considerando que “as decisões do Direito são feitas através de múltiplas conexões” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 194), diga-se que, desde que os ideais de (des)publicização estatal passaram a ser operacionalizados no país, o Tribunal de Contas da União-TCU já bem firmara o entendimento de que as organizações sociais estão submetidas a sua fiscalização (a despeito do texto normativo), a exemplo do que dispôs a Decisão nº 592/1998-TCU-Plenário, cujo Ministro-Relator foi o Sr. Benjamin Zymler:

154. Decorrência direta e imediata da sujeição das organizações sociais à jurisdição plena do Tribunal de Contas da União é a conclusão de que é incontroversa a atuação do controle externo por meio da realização de auditorias, apreciação de tomada de contas especiais, denúncias, representações, dentre outros procedimentos de controle e fiscalização,

quanto à aplicação dos recursos públicos colocados à disposição dessas organizações, ex vi do disposto no art. 9º da Lei n.º 9.637/98.

[...]

Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1 firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, dos arts. 6º e 7º, c/c o art. 5º, inciso VI, da Lei nº 8.443/92 e arts. 8º, §§ 2º e 3º, e 9º da Lei nº 9.637/98 (BRASIL, 1998, grifo nosso).

De fato, não se pode conceber que a partir de um discurso de eficiência e flexibilização gerencial, a transferência de atividades públicas não exclusivas para o setor privado tenha o efeito de vincular recursos e patrimônio público a uma entidade não estatal e, ao mesmo tempo, desvincular essa mesma entidade da responsabilidade de prestar contas, quando solicitada, acerca dos recursos e bens estatais percebidos:

Os referidos Tribunais possuem competência constitucional não só para aferição da observância da legalidade na aplicação dos recursos públicos referidos, como também para análise da gestão e do alcance dos resultados almejados com as parcerias. Sobretudo quando constatados inúmeros casos de malversação de recursos públicos pelas referidas entidades privadas, verificada a fragilidade ou ausência de controle pelos órgãos públicos parceiros e o incipiente controle social, o exercício das competências constitucionais pelos Tribunais de Contas faz-se deveras relevante (SCHOENMAKER, 2011, p. 211).

Observa-se, ademais, que a forma de atuação do controle externo foi se adequando às mudanças havidas na prestação dos serviços públicos, pós reforma administrativa. Inclusive porque a instrumentalização de uma administração pública gerencial pressupõe trabalhos auditoriais que vão além da análise de critérios formais e de legalidade dos atos administrativos, o que evidencia uma tendência à realização de novas modalidades de inspeções, como as auditorias operacionais e de análise desempenho. Sobre o tema, excerto do Relatório do TC 018.739/2012-1, Acórdão nº 3239/2013-TCU-Plenário:

A transferência de serviços públicos não exclusivos para organizações sociais já foi objeto de diversas fiscalizações no TCU. Porém, observa-se que tais trabalhos normalmente analisam a conformidade dos ajustes firmados, enquanto são poucos os trabalhos que avaliam a atuação do poder público sob o ponto de vista operacional. Apesar de o Estado abrir mão da execução direta dos serviços, ele deve ainda manter funções essenciais na gestão de tais serviços. Dessa forma, esta auditoria foi realizada com foco na atuação dos gestores públicos e não da execução em si do serviço pelas entidades privadas (TCU, 2013, p.3, grifou-se).

O debate acerca do controle incidente sobre as entidades do terceiro setor é tão premente que a própria edição da Lei nº 13.019/2014<sup>71</sup>, o denominado “Marco do Terceiro Setor”, revela essa conjuntura. Essa *novel* regulamentação intenta tornar a celebração de parcerias voluntárias um processo mais formalizado, institucional, com regras definidas e com a introdução de instrumentos de celebração e controle antes não utilizados. Somado às recentes Lei de Acesso à Informação e Lei de Anticorrupção, o regramento busca um processo mais transparente e democrático de parcerias público-privadas no Brasil, reduzindo a discricionariedade do gestor, por meio de procedimento vinculado. Ao menos em teoria.

Veja-se que ainda que essa regulamentação não atinja o alvo específico dessa pesquisa, eis que os serviços públicos de saúde estão contemplados nas situações excepcionadas pelo artigo 3<sup>72</sup> (não são alcançadas pelas exigências da norma os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, disciplinadas na Lei nº 9.637/1998, desde que cumpridos os requisitos previstos nessa normativa, convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal - hospitais e congêneres que recebem recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como termos de parceria

---

<sup>71</sup> A Lei nº 13.019/2014, com publicação em 01-08-2014, que trata do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil trouxe novos disciplinamentos para o regime jurídico das parcerias entre essas Entidades e o Poder Público. Contudo, com a superveniência da Lei nº 13.204/2015, publicada em 15-12-2015, inúmeras e importantes alterações foram procedidas no texto da Lei nº 13.019/2014. A norma foi gestada a partir de um diálogo entre o Congresso Nacional, o Governo Federal e entidades privadas e, o novo Marco Regulatório, denominação dada a referida Lei, tem por objetivo disciplinar os processos de parcerias com os entes governamentais, a partir de instrumentos próprios, permeados por diretrizes, regras e princípios adequados às especificidades do setor, em substituição aos convênios, fontes de muitos questionamentos, de insegurança e de dificuldades para o exercício da fiscalização. A legislação foi inicialmente editada para vigorar após 90 (noventa) dias de sua publicação (DOU de 1º/08/2014). No entanto, a Medida Provisória nº 658/2014 (convertida posteriormente na Lei nº 13.102, de 26/02/2015) postergou a vigência para 360 (trezentos e sessenta) dias decorridos de sua publicação oficial, em face do profundo impacto da nova Lei nas relações entre Estado e organizações não governamentais (ONGs). Posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 684, em 21 de julho de 2015, houve nova ampliação no prazo de vigência da Lei, passando a vigorar após 540 dias da data de sua publicação oficial. E mais recentemente, com a edição da Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, entre inúmeras alterações, houve nova dilação do prazo de vigência, mantendo, para a União, Estados e Distrito Federal, a data de 23 de 7 janeiro de 2016 e, para os Municípios, a data de 1º de janeiro de 2017, podendo, por ato administrativo local, adotar-se em âmbito municipal o mesmo prazo dos outros entes Federados. Assim, a partir de 23 de janeiro de 2016, na União, Estados e DF (e de 1º de janeiro de 2017, nos Municípios) a relação entre o poder público e as organizações da sociedade civil, sob o seu aspecto procedimental, ganha nova roupagem.

<sup>72</sup> Art. 3º, Lei nº 13.019/2014: Não se aplicam as exigências desta Lei: [...] III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015); IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) [...], VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

firmados com organizações da sociedade civil de interesse público, regidas pela Lei nº 9.790/1999, desde que atendidos os requisitos na norma específica) importa considerar que a ênfase dada por ela ao controle de resultados revela um certo paradoxo que deve ser avaliado pelos órgão de controle externo – o artigo 6º elenca, dentre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias, a priorização do controle de resultados.

O Tribunal de Contas da União, acerca do alcunhado “Sistema S”, alvo principal do referido Marco Regulatório assim se posicionou no recente Acórdão 8837/2017, 1ª Câmara:

A jurisprudência mais recente do TCU consolidou-se no sentido de que as entidades do Sistema S se sujeitam ao controle do TCU, pois administram recursos públicos de natureza tributária, advindos de contribuições parafiscais e destinados ao atendimento do interesse público. Não se exige das entidades a observância integral das disposições referentes a licitações, contratos e convênios rotineiramente aplicáveis à Administração Pública, mas o respeito às regras e aos princípios gerais que envolvem tais institutos. Nesse sentido, cito os Acórdãos 7596/2016-Primeira Câmara, 2079/2015-Plenário, 2660/2014-Plenário, 2165/2014-Plenário, dentre muitos outros.

Adere-se ao posicionamento da Corte federal, inclusive porque a presença expressiva de organizações sociais nos serviços públicos de saúde<sup>73</sup> tem sido alvo de estudos e trabalhos de controle constantes e robustos. Veja-se recentíssimos resultados apresentados em face da atuação em conjunto do Ministério Público, Tribunal de Contas da União, Tribunais de Contas dos Estados, Tribunais de Contas dos Municípios, Ministério Público de Contas, Ministério Público do Trabalho, Controladoria Geral da União-CGU e Polícia Federal, que foram divulgadas durante Evento realizado pelo Ministério Público Distrito Federal e Territórios-MPDFT: “Encontro Organizações Sociais na Saúde Pública: a visão dos órgãos de controle e fiscalização”. Painéis de discussões: “A Fiscalização das Organizações Sociais pelos Órgãos de Controle Externo” e “A Fiscalização das Organizações Sociais pelo Ministério Público e Polícia Federal”:

[...] como recente encontro sobre as Organizações Sociais na Saúde, realizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no qual se abordou o tema, tendo sido consignado entre os debatedores a frequência de serviços abusivamente mais caros prestados por OS, a disseminação de grupos empresariais nesse âmbito, a falta de transparência na execução dos gastos, a ausência de prestação de contas, dentre muitos outros (ALTA

---

<sup>73</sup> E não só na saúde eis que, segundo o IBGE mais de 300 mil organizações da sociedade civil de todo o País atuam em regime de parceria com o Poder Público.

COMPLEXIDADE, [s/d], <<http://altacomplexidade.org/exclusivo-especial-sobre-organizacoes-sociais-na-saude-2/>>).

Em suma, os Tribunais de Contas detêm competência constitucional para a fiscalização dos vínculos jurídicos estabelecidos entre os entes governamentais e as entidades privadas qualificadas como OS e oscips, tanto sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, prestação de contas, quanto dos resultados advindos da aplicação de recursos públicos. Tal competência é destacada dado o atual contexto de precariedade do controle exercido pelos órgãos primeiramente responsáveis para tanto (parceiros públicos), além do insignificante controle social sobre tais vínculos.

Dito isso, para que se passe a analisar os juízos de aplicação que os auditores de controle externo e os Conselheiros do Tribunais de Contas se valem no seu âmbito de jurisdição administrativa, alguns pressupostos devem estar elucidados. Explica-se.

Habermas concebe o Direito como criação argumentativa, a qual se efetiva em uma dada situação ótima de fala aberta a todos os interessados (Universalização). Klaus Günther opera a divisão entre discursos de fundamentação e aplicação, de sorte que Habermas utiliza essa divisão para o desenvolvimento de sua matriz. Isso é, momentos distintos acontecem no âmbito da imparcialidade que se opera no bojo de um procedimento de justificação que está atento ao futuro e a todos a partir de situações hipotéticas. Esta é uma operação pragmática, que, no entanto, não dá cabo da variabilidade de contingências que podem surgir em face de uma norma já justificada (RECK, inédito).

Dada essa faceta da impossibilidade de previsão por uma norma jurídica de todos os casos futuros (que é constitutiva da própria normatização) é que os juristas acima referendados adotam um sistema duplamente estruturado, que além de contar com um processo de generalização, detém um processo voltado a todas as situações características e relevantes do caso concreto, regidas por um juízo de aplicabilidade e de adequação.

Para Almeida e Reck (2013, p. 118), o discurso de fundamentação “visa defender argumentativamente a pretensão de validade corretiva de uma norma jurídica abstratamente considerada” e o discurso de aplicação “visa justamente à aplicação de normas pressupostamente válidas a casos concretos, mediante

juízos argumentativos de adequabilidade” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 118).

Nesse sentido:

Para construir a sua teoria acerca do discurso de aplicação, Günther parte do princípio da universalização (princípio “U”) proposto por Habermas e o formula em duas versões, um forte e outra fraca. De acordo com a primeira, ‘uma norma é válida, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos e considerados os interesses de cada um individualmente’. Pela versão fraca de “U”, ‘uma norma é válida se as consequências, e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente. [...] É possível compreender que o princípio “U” sirva tanto para fundamentar discursos de justificação quando os discursos de aplicação. Nos primeiros será adotada a sua versão fraca, de forma generalizada e abstrata, nos segundos, adotar-se-á a sua versão forte, levando em consideração as peculiaridades de cada situação em que a norma será possivelmente aplicada (ALMEIDA; RECK. 2013, p. 119).

Ou seja, para os jusfilósofos, há que se distinguir “a imparcialidade que se expressa em um procedimento de justificação que se projeta para o futuro e para todos a partir de situações imagináveis”, de um outro processo “voltado para a todas as situações relevantes possíveis da situação, regidas por um juízo de ‘aplicabilidade’” (RECK, 2006, p. 211).

Especificamente quanto aos discursos de aplicação, diga-se que as decisões discursivamente tomadas nos processos de aplicação do Direito são voltadas para um caso determinado e contam com a participação de sujeitos individualizados. Desta feita, o operador do Direito *in casu* deve pressupor que as normas legisladas são válidas – haja vista elas terem sido positivadas a partir de um discurso de justificação, procedimento esse capaz de garantir, à primeira vista, sua validade. A discussão, portanto, estaria restrita à busca pela norma adequada ao caso concreto.

Nessa toada, à luz do que ocorre nos processos de competência das Cortes de Contas, é o caso concreto – mediante suas particularidades – que irão fornecer o espectro de normas e regulamentos a incidirem por ocasião de um julgamento. A noção de aplicação imparcial aqui é entendida como uma exigência de que o procedimento de aplicação leve em conta a participação daqueles que são os destinatários da norma a ser aplicada, no caso dessa pesquisa, os Responsáveis pelos órgãos jurisdicionados na Corte de Contas, seus signatários ou outros representantes institucionais.

Conforme exposto no item 1.2 o TCERS entende que a Corte de Contas do Estado tem se posicionado no sentido de que a atuação de entidades de direito

privado nos serviços públicos de saúde não pode chegar à substituição integral do poder público, já que deve ocorrer em caráter complementar.

É paradigma no âmbito do TCERS o discurso de aplicação do Recurso de Embargos nº 05868-0200/09-0<sup>74</sup>, que culminou na decisão TP-0607/2011. Isso pois, inovou no sentido de bem aprofundar as discussões acerca da transferência de serviços municipais de saúde para uma organização social – considerando ainda que o estudo desenvolvido no bojo dessa decisão (mais especificamente no voto do Conselheiro Hélio Saul Mileski) foi bastante amplo, a Corte entendeu que o julgado serviria de orientação normativa a todos os órgãos jurisdicionados, quanto aos vínculos destes com as organizações integrantes do terceiro setor.

Com efeito, restou consolidado nesse *decisum* o posicionamento da Casa pela plena possibilidade de os Municípios celebrarem contratos de gestão, termos de parceria ou de outros ajustes com outras entidades do Terceiro Setor. Nesse sentido, excertos do voto que serviu de fundamento ao Acórdão e que demonstra a seleção de fatos pelo julgador, fatos esses que servirão de base para a racionalidade argumentativa e para a concretização da decisão:

Pelos fundamentos e argumentos acima apresentados, chega-se à conclusão de que não há impedimentos legais, administrativos ou de controle para a Administração celebrar contratos de gestão no âmbito da saúde, ao contrário, na prática, haja vista São Paulo, há o indicativo de que os programas de ação conjunta entre o Estado e a sociedade têm se revelado altamente benéfico à prestação dos serviços de saúde à população. Assim, na situação em concreto do presente Recurso de Embargos, embora, em princípio, inexistam impeditivos para o Poder Executivo de Guaporé celebrar contrato de gestão na saúde com a AGUPROSA, há que se examinar a regularidade do procedimento quanto à forma, objeto, apuração de resultados e devida prestação de contas.

[...]

Contudo, no caso em exame, além das falhas antes mencionadas, existem outras que revelam conduta irregular da Administração Municipal na celebração e no controle do contrato efetuado com a AGUPROSA. Em análise destas faltas, é possível observar que o Gestor não procedeu de acordo com a norma que regula tais ajustes, a Lei 9.637/98, pois que, restou ausente no contrato os devidos indicadores de metas e de desempenho das atividades contratadas, fato que impossibilita julgar o resultado final do emprego dos recursos públicos.

[...]

Outro ponto a ser considerado é o que diz respeito ao atendimento de princípios constitucionais no âmbito de tais ajustes. Ora, o contrato é celebrado entre o Poder Público e um ente privado, sendo que, nesse tipo de situação, obrigatoriamente, há de serem observados os princípios constitucionais dirigidos à ação administrativa, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dever de

---

<sup>74</sup> Executivo Municipal de Guaporé, Processo de Contas do exercício de 2007, Processo Originário nº 04449-0200/07-0.

prestação de contas e submissão ao sistema de controle público (TCERS, 2011, grifou-se).

Cumprir registrar, entretanto, que uma análise mais aprofundada do referido julgado, demonstra a imprecisão do mesmo no que tange aos eventuais problemas concernentes ao desvirtuamento de contratos de gestão ou termos de parceria, quando o ajuste tem por objetivo unicamente a intermediação de mão de obra (conforme se abordará), além de não versar especificamente a questão relacionada com a transferência da integralidade do serviço de saúde para uma OS ou oscip.

Porém, dada as reiteradas manifestações da Corte acerca de vínculos dessa natureza na área da saúde, é de se destacar como ponto de convergência nesses julgamentos (o que se pretende melhor esmiuçar a seguir), o fato de o TCERS continuar não admitindo a transferência integral dos serviços de saúde à iniciativa privada, com fulcro no art. 199, § 1º, da Constituição Federal e no art. 24 da Lei Federal 8.080/1990, que permite a participação da iniciativa privada de forma complementar.

Outro aspecto central no âmbito dos órgãos de controle externo é a forma de contabilização das despesas que decorrem desses vínculos. Isso porque, havendo uma eventual transferência integral da execução dos serviços de competência municipal a entidades do terceiro setor, em geral o que se verifica é uma terceirização irregular, que se dá por meio de substituição de servidores efetivos pelo pessoal da entidade, situação que configura incidência no artigo 18, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF (que dispõe que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “outras despesas de pessoal”).

É oportuno refletir que a premência de conter as despesas de pessoal em âmbito estatal não tem origem apenas por ocasião do advento da LRF, já que o controle desse tipo de despesa faz parte do espectro de alterações na condução da política fiscal ao longo das últimas décadas do séc. XX, em face de um contexto de hiperinflação e desemprego maciço que marcaram as crises econômicas em diversos Países no período (alinhada, de certa forma, aos preceitos gerenciais, portanto). Destarte, a LRF faz parte de uma geração de normas estruturantes concebidas nas duas últimas décadas com o objetivo primordial de alcançar e manter o equilíbrio sustentável das contas públicas dos Entes governamentais.

O equilíbrio fiscal (como pressuposto da responsabilidade fiscal) residiria, portanto, conforme normatização do art. 1º, §1º da LRF, na ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Para garantir esse equilíbrio, exige-se o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições fiscais, em especial para geração de despesa com pessoal e observância de seus limites. Nesse sentido, a LC 101/00 revela-se um instrumento de parâmetro os gestores, para que estes possam agir a partir de bordas precisas. Ocorre, porém que atualmente muitos Entes sustentam não lhes ser possíveis expandir ou manter os serviços públicos de saúde que lhe são atribuídos legal e constitucionalmente em face de se encontrarem acima ou em vias de extrapolar o limite de gasto com pessoal da LRF.

De fato, a exigência cada vez maior de quantidade e qualidade na disponibilização de serviços de saúde nas municipalidades requer uma contratação de pessoal mais intensa, de sorte que hoje é impensável a redução desse tipo de despesa. No entanto, fazer uso de contratos de gestão ou termos de parceria com o terceiro setor para fugir das bordas impostas pela LRF (60% da RCL para Municípios), embora possa ser uma medida paliativa utilizada pelos Gestores, se reveste em opção ariscada em termos fiscais. Isso porque o custeio de OS e oscips passa a concorrer com a parcela de 40% da RCL que deve ser destinada ao pagamento de despesas de custeio, dívida pública e investimentos (sem referir na tendência ao aumento sucessivo de remuneração e/ou outros tipos de despesas com pessoal efetivo ativo e inativo, situação de difícil reversão *a posteriori*).

O TCERS tem posicionamento recente nesse âmbito, mencionando-se como paradigma a decisão cautelar em sede de Pedido de Retificação de Certidão nº 316-0200/16-9, EM de Esteio, datada de 25-02-2016, no qual se tratou da diferença de atenção básica, média e alta complexidade de serviços de saúde para fins de cômputo na despesa de pessoal. Frisa-se que neste expediente está a tratar de Fundação e não organização social, mas para o fim ora proposto de destacar a qualificação da despesa a ser inclusa nos limites da LRF, os critérios a serem utilizados, em geral, são os mesmos pela Casa.

O entendimento, em suma, foi que devem ser consideradas para fins de despesa com pessoal do Executivo municipal somente aqueles recursos repassados

que foram destinados a remunerar profissionais que atuam na atenção básica (vislumbrando-se aí uma terceirização vedada), excluídos os que atuam em ações e serviços de média e alta complexidade:

[...] Entendo, assim, devam ser consideradas para fins de despesa com pessoal do Município somente aquelas destinadas aos profissionais que atuam na atenção básica, excluídos os que atuam em ações e serviços de média e alta complexidade. Neste último caso, há uma terceirização por parte do Estado o que, na esteira do disposto no Parecer Coletivo nº 1/2013, é permitido pela legislação pátria, desde que não haja a transferência integral da gestão da saúde pública. As despesas da Fundação de Saúde São Camilo de Esteio, com pessoal contratado para a Estratégia de Saúde da Família (atenção básica), consoante informado pela Secretaria da Fazenda do Município, atingiram R\$ 1.451.591,25 no 3º quadrimestre de 2014 e R\$ 2.226.497,47 no 2º quadrimestre de 2015. Excluindo-se a despesa referente ao pessoal da FSSCE que atua em ações e serviços de média e alta complexidade e considerando apenas aqueles que prestam atendimento na atenção básica, a despesa de pessoal do Município alcança 50,67% no 3º quadrimestre de 2014 e 50,82% no 2º quadrimestre de 2015 (TCERS, 2016, p. 447, grifou-se).

Esse entendimento já fora capitaneado antes, sem tanta ênfase, no entanto, conforme análise realizada pelo Exmo. Conselheiro Cezar Miola quando da devolução do pedido de vista na análise das Contas de Gestão nº 2258-0200/14-1 (Em Igreja, exercício de 2014)<sup>75</sup>, muito embora tenha seu posicionamento relativo à determinação ao Gestor restado vencido, veja-se excerto:

[...] quanto ao pleito para que terceirizações não sejam incluídas na despesa de pessoal do ente, entendo não ser possível acolher o requerimento formulado frente ao que determina o artigo 18, § 1º, da LRF. Na norma mencionada não há espaço para relativização do cálculo, não podendo este Tribunal dispor de modo diverso. Tal discussão cabe ao Congresso Nacional, onde, inclusive, tramita Projeto de Lei Complementar nº 251/2005 que propõe a alteração na Lei nº 101/2000, permitindo que se eleve o gasto com pessoal na área da saúde para até 75% [...] Assim, irreparável o cômputo na despesa de pessoal, por esta Casa, dos gastos incorridos na terceirização referente aos serviços de saúde da Atenção Básica (ESF) em Igreja. [...] Volvendo ao caso concreto, tendo em vista a competência local para a execução da ESF (Portaria MS/GM nº 2.488/2011) e ainda que, na hipótese dos autos, o contrato estabelece que os 38 profissionais de saúde que atuam na ESF deverão ser disponibilizados para a Secretaria de Saúde e Assistência de Igreja, resta evidente a substituição de servidores [...] (TCRES, 2014, p. 729, grifou-se).

Demonstrado o posicionamento recorrente nesta Corte, registra-se que, em regra, quando os trabalhos de auditoria do TCERS relatam a configuração de

---

<sup>75</sup> Decisão em 26-04-2016. O Recurso de Embargos nº 5906-0200/16-2 não abrangeu a matéria ora analisada.

uma terceirização ilícita no âmbito dos serviços de saúde (e terceirizações em geral), o setor de Acompanhamento de Gestão-SAG, computa o valor despendido pelo Auditado com a entidade junto à despesa de pessoal conforme dispõe o art. 19 da LRF, eis que se pressupõe uma substituição de servidores (art. 18, §1º, LRF).

Entretanto, essa forma “automática” de se operar, vem trazendo questionamentos e possíveis iniquidades<sup>76</sup>, notadamente em face de vínculos com o terceiro setor, quando não se configura um efetivo contrato de prestação de serviços e sim, como já se expôs, convênios, os quais, em abstrato, devem ser distinguidos de terceirizações ilícitas. Outro motivo de controvérsia é que muitas municipalidades abrangem uma ampla gama de serviços de saúde (incluindo média e alta complexidade, além da atenção básica).

O Tribunal de Contas da União, quando da prolação do Acórdão nº 2057/2016 – TC 023.410/2016-7, que analisou a solicitação do Congresso Nacional acerca de informações a respeito da possibilidade de celebração de contratos de gestão na área da saúde por Entes públicos e organizações sociais, bem como da forma de contabilização dos pagamentos a esses título – determinou, dentre outras recomendações, que os autos fossem remetidos à Secretaria de Macroavaliação Governamental, para fins de exame específico relativo a forma de contabilização dos pagamentos dos contratos de gestão celebrados com OS na área da saúde, para fins de verificação de incidência nos limites dispostos na LRF.

Em face desse encaminhamento, sobreveio o Acórdão nº 2444/2016, no qual, embora o TCU aponte para os riscos da utilização abusiva de contratos de gestão na prestação dos serviços públicos (em termos de equilíbrio fiscal do Ente federativo), entendeu que, em geral, os gastos advindos dos vínculos com o terceiro setor na saúde não entram no limite com gastos de pessoal. Para o TCU, quanto à contabilização das despesas com mão de obra, a LRF e a Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado:

---

<sup>76</sup> O atingimento do limite da LRF impede o Ente de receber transferências voluntárias.

Traçar uma analogia entre terceirização de mão de obra e contratação de organização social, com o intuito de ampliar o alcance do artigo da LRF, ou da LDO 2016, não me parece ser a melhor hermenêutica, pois os dois institutos possuem natureza completamente distintas (TCU, Acórdão 2444/2016, p. 4).

Veja-se a excerto da ementa do *decisum*:

1. Não há, na jurisprudência do TCU, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela LRF.
2. Os fundamentos adotados pelo STF na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados.
3. O art. 18, § 1º, da LRF e o art. 105 da LDO 2016 exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.
4. A utilização abusiva da contratação de organizações sociais pode acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo, cumprindo ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade, bem como avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000, as despesas com pessoal dessas organizações (TCU, Acórdão 2444/2016, p. 1).

Registra-se que embora o TCU aponte que *a priori* contrato de gestão e terceirização de mão de obra não se confundam, reconhece que na prática, em várias situações, a contratação de OS ocorre apenas para a intermediação de mão de obra e que a utilização abusiva destas pode acarretar riscos ao equilíbrio das contas dos Entes. Dessa forma, pontuou cumprir ao Poder Legislativo a avaliação acerca da necessidade de legislar sobre a matéria (inserir ou não na apuração dos limites do art. 19 da LRF as despesas com pessoal do terceiro setor).

A título informativo, diga-se que não há unanimidade quanto a este aspecto junto aos Tribunais de Contas dos Estados, como bem menciona decisão acima transcrita; pelo contrário, os posicionamentos divergem, cumprindo citar que os Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro contam com expressiva atuação de organizações do terceiro setor no âmbito da atenção básica em saúde, inclusive nos ESF e PACS (situação referendada pelos TCs, eis que o TCESP entende que os gastos decorrentes dos vínculos com OS não

se enquadram nos limites do art. 19 da LRF). Entretanto, no âmbito do TCEDF, o entendimento é notadamente inverso:

[...] o corpo técnico do TCDF concluiu que a terceirização de serviços envolvendo o componente mão de obra que **caracterize substituição de servidor e empregado público** deve ser contabilizada como Outras Despesas de Pessoal e computada no limite de despesas com pessoal do Poder ou órgão contratante, **inclusive no tocante aos contratos de gestão**. Essa contabilização deve seguir os termos do § 1º do art. 18 da LRF, juntamente com os critérios veiculados no item III da citada Decisão nº 2.498/04 (AGENDA CAPITAL, 2016, <<http://agendacapital.com.br/parecer-do-tcdf-indica-que-contratacao-de-organizacoes-sociais-pelo-gdf-entra-no-computo-da-lei-de-responsabilidade-fiscal/>>).

Assim, através da Decisão 2753/20015 a Corte de Contas do Distrito Federal informou que consideraria, para fins do cômputo do limite previsto no art. 19 da LRF, as despesas com pessoal dos contratos de gestão firmados pela Administração quando a mão de obra envolvida na execução desses ajustes configurar a substituição de servidores e empregados públicos, nos termos do § 1º do art. 18 da LRF.

Note-se, entretanto, que é competência dos Tribunais de Contas dos Estados a verificação do cumprimento dos limites com despesa de pessoal dos Municípios que lhes circunscrevem o âmbito de controle externo. Destarte, os posicionamentos traçados pelo TCU e pelo TCE de São Paulo, por exemplo, se restringem aos seus próprios âmbitos, resguardada a autonomia das demais Cortes de Contas que não estão vinculadas às jurisdições e jurisprudências dos demais órgãos de controle da federação. O que se quer dizer, é que o TCERS detém autonomia para resguardar seu entendimento acerca do que é abrangido pelos limites da LRF.

Portanto, é possível afirmar a que o Tribunal de Contas do Estado de Rio Grande do Sul, porque legitimado constitucionalmente para tanto, em seus discursos de aplicação, está alinhado com a premissa de que a garantia de acesso aos serviços públicos de saúde é instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, mas é sobretudo, expressão da supremacia do interesse público na sociedade brasileira. Desta feita, sua reunião de esforços discursivos para garantir a observância ao regime jurídico de direito público, naquilo que legislação e a interpretação constitucional permitam, no âmbito das parcerias entre setor estatal e terceiro setor.

#### **4 A COGESTÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SAÚDE À LUZ DOS JUÍZOS DE APLICAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DE CASOS CONCRETOS E A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS CONTORNOS DISCURSIVOS APTOS A COORDENAR OS PLANOS DE AÇÃO DO EXECUTIVO MUNICIPAL, DO SETOR PÚBLICO NÃO ESTATAL E DO CONTROLE EXTERNO**

Entende-se inafastável do âmbito do recorte dessa pesquisa a análise dos discursos que integram o principal expediente de controle externo no âmbito do TCERS, que são os relatórios de auditoria, os quais servem de parâmetro para o juízo de aplicação definitivo por parte do Conselho<sup>77</sup>. Atente-se para o fato de que os dois processos que serão alvo de verificação por primeiro ainda não passaram pelo crivo do juízo definitivo de adequação, eis que a despeito de o corpo técnico ter identificado os sinais característicos relevantes no tocante às irregularidades nos vínculos entre as entidades do terceiro setor e o Executivo Municipal, certo é que os postulados de contraditório e ampla defesa devem ser observados como consectário do Estado Social de Direito brasileiro.

Ao final, superada a áurea propositiva da pesquisa – o exame valorativo/crítico de diagnóstico e prognose das inconsistências que sobrevêm aos referidos vínculos a partir do discurso auditorial do TCERS – a atenção se centrará em responder o problema a ela proposto ousando-se apresentar sugestões aos atores que se incursionam nos referidos planos de ação.

---

<sup>77</sup> Os autores do ramo do direito administrativo divergem no ponto, sendo que alguns admitem apenas a noção de coisa julgada administrativa que teria efeitos restrito ao âmbito da própria administração, inibindo apenas a esta e não ao judiciário. Jacoby Fernandes (2016, p. 127) entende que apenas como regra geral essa posição seria admissível. Para o Autor ao judiciário cabe apenas o “patrulhamento das fronteiras da legalidade”.

#### **4.1 Os juízos de adequação dos Auditores e do Conselho no âmbito do relatório de auditoria e das decisões administrativas proferidas pelo TCERS e a identificação de indícios que confirmam a proposição levantada na pesquisa**

De pronto, parte-se para a análise do que se denomina Situação 1, Processo 813-0200/15-3, decorrente da auditoria de regularidade de gestão junto ao Executivo Municipal de Bento Gonçalves e da verificação do contrato nº 197/2012, firmado em 08/05/2012, com a intitulada “Fundação Araucária”, cujo objeto era a contratação de organização social para gestão de serviços de saúde municipais. Com efeito, desde o exercício de 2012, a partir do “Contrato nº 197/2012”, originado do Edital de Pregão Presencial nº 046/2012, a gestão municipal repassa a execução de serviços médicos de sua competência à “organização social Fundação Araucária”, em um valor mensal inicialmente avençado em R\$ 1.965.000,00 (um milhão, novecentos e sessenta e cinco mil reais) – houve seguidos aditamentos, sendo que o de nº 10, de 16/04/2014, atualizou o valor para até R\$ 2.518.561,72, mensais (dois milhões, quinhentos e dezoito mil, quinhentos e sessenta e um reais)<sup>78</sup>.

Dito isso, a primeira consideração a ser feita refere-se à comunicação refletida nos termos contratuais que, de pronto, chama atenção para a fragilidade do vínculo em termos de enlace de ação e para a ausência de rigor por parte do Auditado – a quem compete primeira e principalmente o controle sobre os termos contratuais e a prestação de contas apresentada, à luz do art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.637/99. Ora, inexistente no ordenamento jurídico pátrio a figura da “empresa de Organização Social”, inclusive porque, considerando a persecução do lucro, ambas (empresa e organização social) são institutos anacrônicos. Veja-se:

---

<sup>78</sup> No exercício de 2015, foi empenhado e liquidado com esse contrato o montante de R\$ 31.644.421,29.

### Figura 01: Instrumento jurídico firmado



Estado do Rio Grande do Sul  
**PREFEITURA MUNICIPAL DE BENTO GONÇALVES**  
**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS Nº197/2012**

Edital nº 046/2012 – Pregão Presencial

**PREÂMBULO**

- 1.1 De um lado: o **MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES**, pessoa jurídica de direito público interno, através do **FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE**, com sede na Rua Goiânia, 590, Bairro Botafogo, nesta cidade, inscrito no CNPJ sob nº 11.436.612/0001-48, representado pelo SEU Prefeito Municipal **ROBERTO LUNELLI**, doravante denominado **CONTRATANTE** e;
- 1.2 De outro lado: **FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA**, empresa estabelecida na Avenida Marechal Floriano, 811, Bairro Centro, na cidade de São José do Ouro/RS, CEP: 99.870-000, inscrita no CNPJ sob o nº 96.704.333/0001-70, representada por Seu Procurador **OBERDAN DE ANDRADE**, doravante denominada **CONTRATADA**.

fundamentados nas disposições da Lei nº 10 520/2002, Decreto Municipal nº 6.293/2007 e subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, com as alterações posteriores e tendo em vista o que consta do Edital nº 046/2012 – Pregão Presencial e do Processo nº 2558, de 06 de março de 2012, resolvem celebrar o presente contrato mediante as cláusulas que seguem:

**I - DO OBJETO**

**CLÁUSULA PRIMEIRA** - É objeto deste, a contratação de empresa de Organização Social para gestão de Serviços de Saúde, através da Secretaria Municipal de Saúde do CONTRATANTE, tudo em conformidade com a Proposta de Plano Operativo constante no Anexo I do Edital nº. 046/2012 – Pregão Presencial, parte integrante deste contrato, independentemente de transcrição ou anexação e que deve ser obedecido para a execução do objeto.

Fonte: TCE/RS, proc. n. 813-0200/15-3, documentos anexos ao relatório de auditoria.

É sabido que organizações sociais só podem ter sua gênese em fundações ou associações (segundo os artigos 44 e seguintes do Código Civil brasileiro, pois estas são pessoas jurídicas que não almejam lucro) o que as difere de outras formas de constituição de pessoa jurídica de direito privado. Desta feita, a denominação empresa – qualificação da entidade privada no contrato ora analisado – pressupõe que essa última desenvolva atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, almejando o lucro (e não somente o *superávit*, este resultado financeiro positivo a ser aplicado na própria consecução do objeto social).

Ou seja, as organizações sociais, em geral, gestadas em associações que desenvolvam determinado fim público e que, após algum tempo e preenchido alguns requisitos legais<sup>79</sup>, qualificam-se como OS perante o Poder Executivo com a qual vão cooperar, não podem ser confundidas com empresas. Existindo essa confusão, em âmbito de controle externo, o indicado (ainda que não operado nesse trabalho, até o momento), seria a busca de achados no plano fático que ilustrem eventual fim de distribuição de rendimentos e bens entre os associados e dirigentes da referida entidade, bem como avaliar, com base no interesse público, os critérios utilizados pela gestão municipal para a qualificação da pessoa jurídica como OS, dado o dever da Administração de justificar o ato de qualificação de outorga (ou não) do título de OS para a entidade privada.

Com efeito, o relatório de auditoria inserto na Inspeção Especial nº 11682-0200/13-4<sup>80</sup> instaurado em face do mesmo município (também pendente de julgamento pela interposição do Recurso de Embargos nº 11682-0200/13-4) relatou que a qualificação da Fundação Araucária como OS não obedeceu a uma série de requisitos legais, conforme legislação local então em vigência (Lei Municipal nº 4685/2003, alterada pela Lei Municipal 5434/2012).

## Figura 02: Das insuficiências nos engates do plano de ação da parceira privada

F  
 onte: Nenhum dos membros do Conselho de Administração da Fundação Araucária  
 TCE/ foi indicado pelo poder público do Município de Bento Gonçalves, assim como nenhum  
 RS, membro nato representante de entidade da sociedade civil de Bento Gonçalves foi indicado  
 proc. para compor o mesmo. Todos os integrantes titulares do Conselho de Administração já o  
 n. integravam desde data anterior à primeira contratação da Fundação Araucária e todos são  
municípios de São José do Ouro; portanto, com vinculação com aquela comunidade e não  
com a de Bento Gonçalves (fls. 2495 a 2524 e 2526 a 2529).

813-0200/15-3, documentos anexos ao relatório de auditoria.

<sup>79</sup> Segundo dispõe o Acórdão 3239/2013-TCU: “Os estados e municípios possuem leis próprias para a qualificação e contratação de organizações sociais, enquanto no caso das Oscips os entes normalmente firmam termos de parcerias com entidades qualificadas pelo Governo Federal. Algumas dessas leis possuem semelhança com a Lei Federal 9.637/1998, enquanto outras apresentam peculiaridades relevantes. Estas serão tratadas quando da análise dos achados de auditoria nos estados e municípios”. A Lei Federal n. 9.637/98 pode servir como paradigma para os Estados e Municípios, cabendo a estes as adaptações indispensáveis às suas peculiaridades que repercutam aos serviços que entendam convenientes que sejam prestados pelo setor privado (por exemplo, há casos em que serão atividades voltadas à cultura, proteção ao patrimônio histórico, em outros à preservação do meio ambiente, parques florestais, jardins públicos, etc).

<sup>80</sup> Ressalta-se que as irregularidades no vínculo com a Fundação Araucária já foram abordadas no Processo de Inspeção Especial nº 11682-0200/13-4, como se afirmou, sendo que a Decisão da Primeira Câmara, de 19/04/16, foi no sentido de considerar sua descaracterização como contrato de gestão, dado os sinais característicos de infringência à normatização. O expediente ainda não transitou em julgado.

Tal inconformidade, inclusive, diz com requisito que o Tribunal de Contas da União-TCU já considerou inarredável em sua construção argumentativa de adequação no que tange à outorga do título, inserto em discurso paradigmático acerca da atuação de OS nos serviços de saúde:

A lei dispõe sobre os requisitos necessários para a qualificação, entre os quais se pode destacar a exigência de que a entidade tenha como órgãos de deliberação superior e direção um conselho de administração e uma diretoria. O conselho deve ser composto por representantes da entidade, do poder público e da sociedade e deve ter entre suas atribuições: a fixação do âmbito de atuação da entidade, a aprovação da proposta de contrato de gestão, a aprovação do regulamento próprio de contratação de obras, serviços, compras e alienações da entidade. Outra responsabilidade relevante é a aprovação e encaminhamento, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria (TCU, 2013, Acórdão 3239/2013).

Registra-se, entretanto, que a desconfiguração de uma organização social, após devidamente qualificada, não é tarefa fácil, ainda que a outorga de título a uma organização social (diferentemente do que se passa com oscip<sup>81</sup>) tenha um caráter, como já exposto, discricionário ao Ente.

Desta feita, é necessário que a fiscalização atente para os aspectos legais e vinculativos nesses institutos. Por exemplo, o discurso auditorial há que buscar a configuração de eventual distribuição de lucros entre associados e dirigentes, a comprovação de experiência pretérita da entidade na área de atuação do objeto do contrato de gestão (isso é, que a entidade não tenha sido recém-criada), a natureza prévia de associação ou fundação da mesma, se o ato de qualificação está fundamentado, a eventual existência denúncias acerca de irregularidades, identificar se a sede da entidade circunscreve o âmbito de atuação do serviço a ser prestado, a capacidade para cumprir o avençado e realizar inovações que melhorem o desempenho dos serviços e que essas possam ser mensuradas, dentre outros pontos. Entretanto, que ainda que a doutrina não reconheça como verdadeira a ideia de que “Se o meio de prova não estiver expressamente previsto no direito, basta que seja moralmente admitido” (FERNANDES, 2016, p. 206), a jurisdição de contas atua, ainda nessa quadra da história, a partir de meios de prova restritos, situação que obstaculiza uma inspeção mais robusta e ousada de sua parte.

---

<sup>81</sup> Reitera-se que a decisão acerca da qualificação de entidades como oscip-organizações da sociedade civil de interesse público, é ato vinculado ao poder público, a partir do cumprimento dos requisitos legais pela primeira. A Portaria nº 361/1999, do Ministério da Justiça, disciplina os procedimentos necessários para a obtenção da qualificação.

Voltando-se ao caso em análise, em termos semânticos preliminares, parece que ainda que se esteja sob a égide de um controle de juridicidade da Administração Pública (em detrimento de um controle formal de legalidade estrita, própria de uma concepção de Direito já ultrapassada<sup>82</sup>), a observância aos ritos e instrumentos jurídicos é fonte de segurança jurídica indispensável ao trato do erário público, notadamente em um vínculo que se refere à vultosa fatia do orçamento anual do município. Veja-se que a despesa liquidada com o Credor Fundação Araucária (R\$ 23.897.612,13) equivale a mais de 51% de tudo o que foi aplicado com ações e serviços públicos de saúde em 2015 (R\$ 46.233.596,30), junto ao Executivo de Bento Gonçalves:

**Tabela 02: despesa liquidada com o Credor Fundação Araucária**

	Valor Liquidado	RECEITA LÍQUIDA DE IMPOSTOS E TRANSFERÊNCIAS (Ajustada)*	RCL
TOTAL DA APLICAÇÃO EM ASPS	46.233.596,30	206.426.717,41	284.460.415,74
FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA	23.897.612,13	23.897.612,13	23.897.612,13
%	51,69%	11,58%	8,40%

\*base de cálculo para ASPS<sup>83</sup>

Fonte: TCE/RS, informação disponibilizada pelo Serviço de Acompanhamento de Gestão.

Considerando que o contrato de gestão em análise possui uma grave atecnia, aprioristicamente não seria possível afirmar que o Executivo de Bento Gonçalves efetivamente transferiu o gerenciamento dos serviços de saúde para uma organização social, sendo extremamente questionável que se trate aqui de um contrato de gestão, portanto. Veja-se que Günther (2011) refere que com o princípio da universalidade, a validade de normas dependerá de que as consequências e os efeitos colaterais da sua observância, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. E não está, *in casu*, evidenciada a aceitabilidade acerca da observância da Lei nº 9.637/99 ao caso concreto, entendendo-se não atendido o Princípio U.

Relativamente às irregularidades apontadas pelo relatório de auditoria que inaugurou o Processo 813-0200/15-3, sintetiza-se que elas albergaram o seguinte:

<sup>82</sup> Para HACHEM (2011, p. 82), a simples observância da legalidade em sentido estrito torna-se insuficiente para identificar o interesse público no cenário do Estado Social, em que as multifacetárias atribuições assumidas pela Administração não se deixam enquadrar nas malhas estáticas da lei.

<sup>83</sup> A fonte da informação é a base de dados do TCERS alimentada pelo próprio Ente.

ausência de fiscalização de contrato por parte do Executivo, frágil liquidação das despesas por este, sistema de controle interno deficiente, atividade caracterizou terceirização irregular dos serviços de saúde, vínculo firmado sem a intenção de aumentar a capacidade instalada (nem de acrescentar novos serviços ou aumentar na quantidade/qualidade dos serviços já prestados), mero acréscimo de novos profissionais aos serviços já prestados, utilização das próprias instalações físicas dos serviços de ESF, UBS, SAMU, Pronto Atendimento, dentre outros.

O Gestor responsável pelo exercício (2015) defendeu-se, alegando que havia Comissão de Regulação, Controle, Avaliação e Auditoria, designada para o fim de fiscalização do vínculo e, que havia, sim, portanto acompanhamento e fiscalização dos serviços prestados e, inclusive, que em certo período, as notas ainda eram assinadas pelo Controle Interno. Entretanto, ao compulsar o expediente, os auditores detectaram a ausência de qualquer documento comprobatório acerca da efetiva fiscalização do contrato, tão somente informações produzidas pela contratada, unilateralmente, sem o devido controle ou qualquer respaldo por parte da Auditada, de sorte que a construção argumentativa do Responsável revelou uma ação insuficiente do ponto de vista discursivo e com viés estratégico.

Os problemas decorrentes dessa vinculação, notadamente à ausência de fiscalização efetiva do contrato, já foram objeto de relato no Processo 1787-0200/14-8<sup>84</sup> (item 5.3.2) do município de Bento Gonçalves, sendo, portanto, situação que se prolonga ao longo dos exercícios. Ademais, na Inspeção Especial nº 11682-0200/13-4, já mencionada, que abrangeu o contrato anterior do Executivo com a Fundação Araucária para os mesmos fins, a equipe proferiu aponte referente ao descontrole sobre a execução dos recursos públicos objeto da avença com a entidade, no âmbito das Unidades de Saúde, Pronto Atendimentos, SAMU, dentre outros.

No que tange à aventada terceirização ilícita, veja-se que no vínculo ora examinado a comunicação inserta no objeto convenial previu a disponibilização de aproximadamente 450 (quatrocentos e cinquenta) cargos. Evidentemente que há um indício claro de fuga do princípio do concurso público a configurar a inserção de uma interposta pessoa para intermediar mão de obra, em detrimento

---

<sup>84</sup> Pendente de julgamento até a decisão no Processo nº 979-0200/13-2.

de uma verdadeira cooperação das partes para a gerência e execução dos serviços públicos<sup>85</sup> e em observância ao texto constitucional.

**Figura 03: Proposta de disponibilização de profissionais por parte da parceira privada para a execução convencional**



**PROPOSTA FINANCEIRA**

Apresentamos nossa proposta para a execução dos serviços objeto do Pregão Presencial nº 046/2012, contendo todas as estipulações consignadas no edital, conforme abaixo:

Função	Carga Horária Semanal	Qtde.	Custo base para 40h/sem	Custo médio
Agente Comunitário de Saúde	40	98	1.748,48	171.350,73
Agente de Endemias	40	5	1.567,49	7.837,45
Assessor Administrativo	40	3	1.979,59	5.938,77
Auxiliar Administrativo	40	45	2.867,42	129.033,95
Auxiliar de Odontologia	40	16	1.775,74	28.411,85
BioMédico	40	2	6.372,62	12.745,23
Coordenador Administrativo	40	4	4.976,95	19.907,80
Enfermeiro	40	24	5.719,59	137.270,25
Farmacêutico	40	2	4.976,96	9.953,92
Fisioterapeuta	40	5	5.360,89	26.804,47
Gerente Administrativo	40	1	6.561,49	6.561,49
Higienizador	40	28	1.629,74	45.632,72
Médico Auditor	20	2	8.183,50	16.367,00
Médico Clínico Geral	20	22	8.147,21	179.238,63
Médico do Trabalho	20	1	8.406,73	8.406,73
Médico ESF	20	16	18.955,67	303.290,71
Médico Plantonista	20	30	9.477,83	284.335,04
Médico Socorrista	20	5	18.053,02	90.265,11
Médico Especialista	20	23	8.706,16	200.241,68
Monitor	40	9	2.825,93	25.433,35
Motorista	40	22	2.641,98	58.123,60
Nutricionista	40	3	4.995,68	14.987,03
Odontólogo	40	4	6.719,13	26.876,50
Porteiro	40	1	1.775,75	1.775,75
Psicólogo	40	6	5.360,89	32.165,36
Técnico de Enfermagem	40	43	2.120,99	91.202,76
Técnico de Desporto	40	1	4.765,87	4.765,87
Técnico de Radiologia	24	8	3.259,53	26.076,23
<b>TOTAL</b>		<b>429</b>		<b>1.965.000,00</b>

**Valor da proposta: R\$ 1.965.000,00 (um milhão, novecentos e sessenta e cinco mil reais)**

Fonte: TCE/RS, proc. n. 813-0200/15-3, documentos anexos ao relatório de auditoria.

<sup>85</sup> Entretanto, também há de se ponderar que a parte da contratação dos profissionais efetivamente está eivada, *a priori*, de legalidade, pois atuam em atividades-meio, funções complementares de saúde, em cargos não contemplados pelo quadro do Auditado, ou que ainda que contemplados, absorvam atividades não suportadas pelo Ente, no entendimento da pesquisadora.

Aqui, cumpre uma explicação. Isso, pois, o eventual desvirtuamento do contrato de gestão haja vista a configuração de mera intermediação de mão de obra no caso concreto, é matéria nevrálgica no campo da prestação dos serviços públicos e do controle da administração pública.

Primeiramente, na Corte de Contas gaúcha a orientação normativa acerca da gestão de serviços de saúde consiste, conforme já exposto alhures, no voto do Conselheiro Helio Saul Mileski, em pedido de vista, junto ao Processo nº 5868-0200/09-8 (Recurso de Embargos referente ao exercício de 2007, Executivo Municipal de Guaporé) e, ainda, no voto do Conselheiro Relator Algir Lorenzon, que incorporou os fundamentos argumentativos do voto do Conselheiro Mileski como razões de decidir. Em síntese, quanto aos temas que aqui importam, a decisão final proferida em 20-07-2011 consolidou o entendimento de haver plena possibilidade de celebração de Contratos de Gestão, de Termos de Parceria, ou de outros ajustes com outras entidades do Terceiro Setor, para a prestação de serviços de saúde, mas mediante todos os sistemas de controle e obrigatoriedade de atendimento das determinações legais<sup>86</sup>.

O desvirtuamento de um contrato de gestão por este ter como escopo unicamente a intermediação de mão de obra, é ponto que não fora diretamente abordado no Voto do Relator e no pedido vista, quando do pronunciamento acerca do RE nº 5868-0200/09-8. Permaneceu, então, a lacuna orientativa no âmbito da Casa para os casos em que se identificasse um ajuste que buscasse esse fim exclusivamente. Daí, denota-se que o discurso de aplicação foi insuficiente em considerar todas as peculiaridades e efeitos a serem gerados a partir do caso concreto em análise – além de não ter depurado as ações estratégicas das partes envolvidas. Apenas o seguinte foi argumentado no Voto: “No entanto, isso tudo somente se torna factível e legítimo se existirem formas legalmente constituídas e controle de gastos rigoroso”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Registra-se que o discurso de aplicação presente no Voto não abordou especificamente a questão relacionada com a transferência integral do serviço de saúde para uma OS ou OSCIP (inobservando a esfera de complementariedade, portanto), embora refira que seu posicionamento (voto) não tem qualquer incompatibilidade com o Parecer nº 29/2007 apontado no primeiro capítulo. E neste Parecer concluiu-se o seguinte: “Padece do vício de inconstitucionalidade o objeto do contrato de gestão que visa transferir todo o sistema de saúde do Município à Organização Social, vez que a Constituição é clara ao permitir a prestação de serviços na área da saúde pública de “forma complementar” e o que é complementar não é fundamental, completa o essencial, devendo, contudo, ser no exame do caso concreto que se extrai o que o “elementar” e o que é o “complementar”.

<sup>87</sup> Uma interpretação extremamente restrita do instituto, como tem alguns doutrinadores (Violin,

Entretanto, há que se ter cuidado eis que, considerando a vagueza do termo “terceirização”, uma adoção extremada desse discurso (caracterizando inadvertidamente uma contratação como mera terceirização de atividade-fim) pode gerar iniquidades, como o fato de algumas especialidades médicas não virem a ser objeto de terceirização lícita, quando não se verifica a mera substituição de servidor efetivo, exemplificativamente. Isso porque, a principal função do contrato de gestão é ampliar o gerenciamento das atividades realizadas pelos parceiros públicos. E na terceirização, há a transferência da atividade-meio para a empresa prestadora de serviços, o que, *a priori*, não se verifica no contrato de gestão, cuja finalidade precípua é, apenas, possibilitar o gerenciamento e a especialização do serviço prestado.

Entende-se que – novamente pedido vênia para afasta-se de uma análise focada apenas no processo relativo à Bento Gonçalves –, apenas seria possível descaracterizar um contrato de gestão de forma a identificar a configuração de uma terceirização ilícita em âmbito de saúde municipal, quando operada a análise de todas as peculiaridades do caso concreto. Indica-se ir além, portanto, da indicação de existência de uma terceirização dos serviços de saúde pelo simples fato de existir a participação do Terceiro Setor nesse âmbito, já que a ideia de discurso de aplicação que examine todos os sinais característicos, exige um aumento de argumentações de adequação, o que, como se verá a seguir, contempla o nível pós convencional de normas e ordenamento jurídico.

Isso porque, sendo impossível negar a realidade posta hodiernamente de aumento constante dos vínculos intersubjetivos entre municípios e tais entidades, notadamente no âmbito do SUS, e especialmente da sensibilidade que o assunto enseja – riscos de solução de continuidade das ações e serviços de saúde, aliada aos limites para aumento do quadro de pessoal dados pela LRF e as sanções decorrentes de sua inobservância – não pode a fiscalização ter um posicionamento leviano de indistintamente computar todos os gastos dos Entes auditados com repasses ao terceiro setor no cômputo de gastos de pessoal – consequência operada em face de restar configurada uma “falsa” terceirização

---

2015), sustenta que independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas seria lícita a execução de atividade-meio de um Ente estatal (de sorte que contratar professores para uma escola ou médicos para um hospital invariavelmente seriam terceirizações ilícitas).

no contrato de gestão – o que pode resultar em consequências graves aos municípios em termos de recebimento de repasses voluntários<sup>88</sup>.

Voltando-se à análise específica do Processo 813-0200/15-3, outra inconsistência proferida é o fato de o contrato de gestão ter englobado a execução dos serviços do Programa de Agentes Comunitários de Saúde-PACS e Agentes de Combates a Endemias. Embora não se ignore que outras Cortes entendam possível tal operação, no âmbito do TCERS é assente a fundamentação de impossibilidade de prestação indireta. Isso porque a Lei Federal nº 11.350/2006 assim dispõe o artigo 2º:

O exercício das atividades de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias, nos termos desta Lei, dar-se-á exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, na execução das atividades de responsabilidade dos entes federados, mediante vínculo direto entre os referidos Agentes e órgão ou entidade da administração direta, autárquica ou fundacional.

É expressamente vedada, portanto, a terceirização ou contratação temporária desses profissionais (artigo 16: “É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável”), estabelecendo a legislação a sua contratação direta pelo regime celetista ou pelo regime estatutário (conforme artigo 8º), mediante obrigatório processo seletivo público. Veja-se que esta vinculatividade de contratação direta de ACS pelo Ente governamental inclusive é corroborada pela dicção da Lei Federal nº 12.994/2014, a qual institui o piso salarial profissional nacional e as diretrizes para o plano de carreira dos ACS e ACE, já que o § 6º do art. 9-C assim dispõe:

---

<sup>88</sup> Segundo a LC 101/00: Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição. [...] § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. § 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20.

Para efeito da prestação de assistência financeira complementar de que trata este artigo, a União exigirá dos gestores locais do SUS a comprovação do vínculo direto dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias com o respectivo ente federativo, regularmente formalizado, conforme o regime jurídico que vier a ser adotado na forma do art. 8º desta Lei.

Por fim, considerando que apontes dessa natureza são recorrentes nos trabalhos de fiscalização da Casa, é oportuno registrar que se desconhece algum discurso de aplicação proferido pelo TCERS que tenha considerado legítimo que esses profissionais fossem objeto de um contrato de gestão termo de parceria ou outro tipo de terceirização (que nesse caso será sempre ilícita) – em aderência à justificativa da legislação regente. A título exemplificativo, recentíssima decisão prolatada nos autos do expediente nº 8047-0200/12-8, que será a seguir verificado (Contas de Gestão Executivo Municipal de Viamão)<sup>89</sup>, cuja transcrição se faz do Voto vista do Exmo. Conselheiro Cezar Miola, acolhido em unanimidade:

No tocante a matéria, em diversos julgamentos posicionei-me no sentido de que a terceirização de atividades da área da saúde, tais como as ora debatidas, configura verdadeira intermediação de mão de obra. Portanto, sua execução não pode ser repassada a organização social por meio de contrato de gestão, conforme procedeu o Executivo de Viamão, em 2012, ao contratar o Instituto dos Lagos – Rio. No caso dos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate as Endemias, a intermediação através de organização social constitui afronta a Constituição da República (art. 198, § 4o), bem como a Lei Federal nº 11.350/2006 (art. 16), motivo pelo qual não pode ser admitida por esta Casa<sup>90</sup>.

Registra-se que tal expediente (Executivo de Bento Gonçalves) está recebendo tratamento diferenciado no âmbito dos serviços de instrução do TCRES, já que parte do corpo técnico entende que, em não havendo especificação clara do aspecto de complementariedade inobservado pela parceria e, não existindo indicação clara dos cargos que configurariam uma terceirização vedada – isso é, não se podendo aferir *a priori* qual a norma é adequada (ou inadequada) em face dos sinais característicos do caso concreto – os contratos de gestão não deveriam ser considerados desvirtuados e, em face do vínculo, não deveria incidir a imputação de multas ou imposição de débitos pelo discurso do controle externo.

---

<sup>89</sup> Pendente de julgamento o Recurso de Reconsideração nº 15197-0200/17-0.

<sup>90</sup> Ressalta-se que aponte de natureza idêntica – terceirização irregular de ACS e ACE conta no Processo nº 2657-0200/16-8 (EM Viamão, exercício de 2016).

Situação 2, Processo nº 8047-0200/12-8<sup>91</sup>: considerando a conexão de matérias, passa-se a verificar o Processo instaurado junto ao Executivo Municipal de Viamão, relativo ao exercício de 2012. Nesse relatório a equipe detectou o seguinte contexto no que envolvia as ações e os serviços públicos de saúde municipais: além da existência do contrato de gestão a ser primeiro analisado para atuação nas ações desenvolvidas pela municipalidade atinentes a Programa Saúde da Mulher, Programa Saúde da Criança, Programa Hipertensão, Programa DST/HIV/AIDS, Programa de Controle da População Canina, Programa Assistência Farmacêutica, Programa Agentes Comunitários de Saúde, Programa de Combate as Endemias e Estratégia Saúde da Família; também se encontrou o contrato de gestão para transferência da gerência do Pronto Atendimento de Viamão (em 14/05/2012 foi celebrado de contrato de gestão com a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas, cujo objeto consistia no estabelecimento de parceria entre os partícipes para implantação do Serviço de Pronto Atendimento Municipal), bem como o Executivo firmou o termo de parceria n. 06/2011, em 26/09/2011, para a execução do programa Samu/Salvar junto ao município com a oscip denominada Organização para O Desenvolvimento Social e Cidadania – ORDESC, pelo valor total de R\$ 1.037.901,63 (um milhão, trinta e sete mil novecentos e um reais com sessenta e três centavos), com uma vigência inicial de 12 (doze) meses.

O primeiro contrato de gestão mencionado, firmado em 27/06/2012, com a OS Instituto Lagos-Rio, visou suprir a falta de profissionais na área da saúde pública municipal – tendo o valor total do repasse sido estipulado em R\$ 7.674.629,16 (sete milhões seiscentos e setenta e quatro mil, seiscentos e vinte e nove reais com dezesseis centavos), previsto o pagamento mensal de R\$ 639.552,43 (seiscentos e trinta e nove mil, quinhentos e cinquenta e dois reais com quarenta e três centavos). Considerando o quantitativo de profissionais a ser disponibilizado por Programa, de acordo com o Anexo I do instrumento, os auditores apontaram que o objeto do contrato cinge-se a intermediar mão de obra para o suprimento da carência de profissionais junto à saúde municipal. Veja-se:

---

<sup>91</sup> Relevante mencionar ainda que o contrato de gestão que será aqui primeiramente analisado, firmado em 2012, vigeu, nos mesmos moldes, pelo menos até 2016, consoante apontado pela equipe no relatório referente as Contas de gestão no 2657-0200/16-8. Assim, a irregularidade em tela também foi relatada nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016.

**Figura 04: Proposta de disponibilização de profissionais por parte da parceira privada para a execução convencional**

**1 - ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA**

CARGO	QUANTIDADE	CARGA HORÁRIA
MÉDICO CLÍNICO GERAL COMUNITÁRIO	08	40H
AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE	48	40H
RESPONSÁVEL TÉCNICO	01	40H
<b>TOTAL</b>	<b>57</b>	

**2 - PACS – PROGRAMA AGENTES COMUNITARIOS DE SAÚDE**

CARGO	QUANTIDADE	CARGA HORÁRIA
AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE	17	40H

**3 - PROGRAMAS: HIPERDIA, SAÚDE DA MULHER, SAÚDE DA CRIANÇA, DST/HIV/AIDS, ASSISTENCIA FARMACEUTICA, CONTROLE DA POPULAÇÃO CANINA**

PROGRAMA	CARGO	QUANTIDADE	CARGA HORÁRIA
HIPERDIA	MÉDICO CLÍNICO GERAL	4	15
	CARDIOLOGISTA	1	15
SAÚDE DA MULHER	GINECOLOGISTA	9	15
SAÚDE DA CRIANÇA	PEDIATRA	4	15
DST/HIV/AIDS	INFECTOLOGISTA OU CLÍNICO GERAL COM EXPERIENCIA EM INFECTOLOGIA	1	15
	BIOQUÍMICO	1	15
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	TÉCNICO EM FARMÁCIA	14	40
CONTROLE DA POPULAÇÃO CANINA	VETERINÁRIO	2	30
	AUXILIAR DE VETERINÁRIO	2	30
COMBATE AS ENDEMIAS	AGENTE DE COMBATE AS ENDEMIAS	58	40
	AUX ADMINISTRATIVO	1	40
<b>TOTAL</b>		<b>97</b>	

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

Como os planos de ação proferidos no objeto da avença contemplam a necessidade de a organização social disponibilizar 171 (cento e setenta e um

profissionais) para atuar na área de competência municipal de saúde e sendo que a planilha de formação de custo constante na proposta apresentada pela OS registrou que 88% dos recursos repassados seriam aplicados na folha de pagamento dos salários e encargos sociais dos profissionais intermediados, na linha do que exposto na Situação 1, os auditores entenderam que a inércia administrativa em suprir a carência de servidores públicos para atender os programas essenciais de saúde pública local redundou em um vínculo cujo plano de ação não está coordenado para potencializar as ações nos programas de saúde pública, mas, sim, para intermediar mão de obra, a partir da identificação de uma terceirização irregular – além de configurar infringência ao princípio da legalidade inserto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e afronta ao inciso II do mesmo artigo (princípio do concurso público)<sup>92</sup>.

Dada essa constatação, considerando que os valores despendidos com o contrato de gestão no período analisado somaram R\$ 1.906.936,92 (um milhão, novecentos e seis mil, novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos), sugeriu-se que as despesas geradas pelo contrato de gestão em comento fossem consideradas na análise da gestão fiscal quando da apuração do cômputo dos gastos com pessoal da Auditada.

O contrato de gestão celebrado entre as partes também fora omissivo quanto à fixação quantitativa de metas e de indicadores de desempenho, que impossibilitaram a avaliação dos termos de economicidade, eficiência e eficácia do ajuste, como por exemplo, quanto ao objeto traçado de redução da mortalidade de crianças e adolescentes, o qual deveria estar atrelado a uma meta quantitativa (como, por exemplo, redução do percentual de morte), avaliado periodicamente através de um indicador específico (que poderia ser, índice de mortes de crianças em relação ao número de nascimentos). Em face também desse apontamento, os auditores sugeriram a imediata rescisão contratual, haja vista que a manutenção do contrato de gestão entre o Executivo Municipal e o Instituto dos Lagos – Rio desatendeu aos princípios

---

<sup>92</sup> Está posto no relatório de auditoria que o Ente realizou concurso público através do Edital n. 01/2011, de 18/11/2011, contemplando, dentre outros cargos, os de Agente de Combate às Endemias (cadastro de reserva), Médico de várias especialidades (15 horas semanais) e Bioquímico. Portanto, em relação aos cargos abrangidos pelo contrato de gestão ora analisado, constatou-se que não foram contemplados os cargos de Médico Clínico Geral Comunitário (40 horas), Técnico em Farmácia, Veterinário, Auxiliar de Veterinário e Agente Comunitário de Saúde (cargo inexistente no quadro de pessoal da Auditada). Salienta-se que para o cargo de Agente de Combate às Endemias foi previsto apenas cadastro de reserva, embora a existência de 47 (quarenta e sete) postos vagos no quadro de pessoal da Auditada.

da legalidade e da eficiência, consagrados no artigo 37 da Carta Magna, em especial aos regramentos da Lei Federal n. 9.637/1998.

Restou sinalada, ainda, a não observância ao plano de trabalho, já que esse, dentre suas especificações, estipulou a carga horária a ser executada por cada profissional captado para execução do objeto da avença. Ocorre que inexistiram controles capazes de comprovar a efetiva prestação dos serviços pela entidade contratada. Assim, restou relatado que a Auditada procedeu à liquidação das despesas sem a efetiva comprovação da prestação dos serviços à municipalidade, em afronta aos artigos 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964 e ao artigo 116 do Estatuto das Licitações. A título de exemplo, uma das respostas fornecidas ao Auditor no que tange à existência de controles da execução do vínculo pelo Executivo:

**Figura 05: da fragilidade do controle da gestão municipal sobre a execução  
convênial**



Prezado Senhor,

Referente a sua solicitação quanto ao controle da carga horária dos profissionais disponibilizados pelo Instituto Lagos Rio, informamos que essa Secretaria não possui esse controle. Todas as informações quanto aos servidores são de responsabilidade do próprio instituto Lagos Rio, sito à rua Cel. Marcos de Andrade, 141-sala 204 ,Centro,Viamão, telefone 30457850.

Sem mais para o momento, agradeço desde já,

Uma das mais graves inconsistências, no entanto, refere-se à ausência de prestação de contas. Com efeito, a Lei Federal nº 9.637/1998 assim define quanto à execução e fiscalização dos contratos de gestão:

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

A equipe de auditoria solicitou:

**1. Contrato de gestão com Instituto Lagos/Rio**

**1.1 Prestações de contas anexas aos Memorandos n. 404/2012, 436/2012, 531/2012, 573/2012 e 635/2012**

Informar se a Secretaria da Saúde possui em arquivo próprio documentos referentes às prestações de contas dos recursos repassados à entidade citada em 2012, tais como: extratos da conta corrente onde são depositados os recursos do contrato de gestão, conciliação mensal da conta corrente, relatório mensal da folha de pagamento, comprovantes do pagamento dos encargos sociais, comprovante do pagamento das demais despesas efetuadas pela contratada. Caso afirmativo, fornecer cópia desta documentação. (Grifos originais)

Tendo sido respondido que:

### Figura 06: Da diminuta incidência do controle do Ente repassador

MEMORANDO Nº. 114/2013 (

DE: S.M.S / D.A.A/ FINANCEIRO.  
 PARA: S.M.F. ( GABINETE DO SECRETARIO )  
 DATA: 07/03/2013.  
 ASSUNTO: Pedido de Informação 15 /2013 TCE. EG

Senhor Secretário :

Informamos que os itens solicitados no item nº 1.1 da requisição de documentos não estão disponíveis na Secretaria Municipal de Saúde ficamos com a cópia da documentação enviada para o setor de contabilidade da Secretaria Municipal da Fazenda .

Atenciosamente,



Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

No que tange às prestações de contas, a equipe apontou que através da análise dos documentos anexos aos memorandos juntados ao expediente administrativo analisado *in loco*, viu-se que as denominadas prestações de contas apresentadas pelo Instituto dos Lagos- RIO constituíram-se, tão somente, em relatórios que discriminaram os valores supostamente gastos com a folha de pagamento, encargos sociais, benefícios indiretos e remuneração pelo desenvolvimento do projeto, sem anexar qualquer tipo de documentação comprobatória. Em face desse ambiente, os auditores concluíram que o Ente inobservou ao artigo 70, parágrafo único, da CF/88, quanto ao dever de prestar contas imposto a quem recebe, gere ou arrecade recursos públicos e sugeriram o ressarcimento ao erário municipal do valor de R\$ 1.448.970,80 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, novecentos e setenta reais com oitenta centavos) repassado ao Instituto dos Lagos – Rio no exercício.

O relatório de auditoria, conforme mencionado, também trouxe a relato a celebração de contrato de gestão do município com a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas (fundação pública de direito privado sem fins lucrativos), cujo objeto é o estabelecimento de parceria para implantação de um Serviço de Pronto

Atendimento Municipal, o que se deu por meio de adjudicação direta, ainda que o Parecer da Procuradoria Jurídica tenha assim manifestado:

**Figura 07: Da ausência de coordenação dos planos de ação nos consensos do Ente Público**

Portanto, sob um certo ângulo, a execução de certa atividade por uma determinada instituição, corresponde e equivale à atuação do próprio Estado, por isso, este transfere a execução da atividade para as instituições, por meio de vínculo jurídico, cuja natureza é muito mais próxima de um convênio, assim, justifica-se a contratação, face a ausência de fins lucrativos e de sua vocação para atividades claramente estatais.

Desta forma, a celebração de convênio se apresenta como a forma de contratação mais adequada, observada a regra do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, do contrário, o processo licitatório deve ser observado, face ao fim do objeto dos autos.

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

De pronto, ainda que a rescisão contratual tenha sido sugerida pelos auditores em face da ausência de competitório (notadamente por meio de chamamento público), mediante prévia seleção de entidade, depreende-se ser (ainda que não tenha sido apontado pelos auditores) visível que *in casu* não se estava a tratar de um contrato de gestão nos termos da Lei nº 9.637/1998, mas sim de um contrato administrativo. Inclusive porque, o relatório registra que a Lei Municipal n. 3.224, de 25/06/2010, transformou a autarquia municipal denominada Hospital Municipal Getúlio Vargas em fundação pública de direito privado. Entretanto, a norma foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Processo n. 70041836461, em decisão de 12/11/2012. Novamente se está diante da possível não configuração de um efetivo contrato de gestão haja vista não ser a Fundação uma OS.

A despeito dessa consideração preliminar, diga-se que o “contrato de gestão” determinou em relação à prestação de contas dos recursos repassados pelo Executivo Municipal que a “executora” apresentasse “prestação de contas inerente ao Contrato de Gestão, contendo relatório circunstanciado de execução, comparando os resultados alcançados com as metas previstas, acompanhado de demonstrativo da adequada utilização dos recursos públicos”. Efetuada a análise dos relatórios apensos aos memorandos constatou-se, no entanto, que se tratava de peças de cunho gerencial (com dados sobre a evolução dos atendimentos, perfil da

demanda, distribuição dos atendimentos por região, etc.). Destarte, relativamente à efetiva prestação de contas dos recursos alcançados pelo Município, a equipe concluiu que os relatórios apresentados pela Fundação somente declaram os valores supostamente gastos com pessoal, material de consumo e serviços de terceiros, dentre outras rubricas, sem anexar qualquer tipo de documentação comprobatória.

Viu-se, ademais, que de acordo com o demonstrativo de receitas e despesas relativo ao segundo semestre de 2012 a Fundação declarou que despendeu o montante de R\$ 1.673.360,89 (um milhão, seiscentos e setenta e três mil, trezentos e sessenta reais com oitenta e nove centavos) com despesas referentes à execução do Pronto Atendimento de Viamão. Considerando-se que no mesmo período fora repassado R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) à Fundação Municipal Getúlio Vargas, apurou-se a existência de saldo remanescente do ajuste no total de R\$ 126.639,11 (cento e vinte e seis mil, seiscentos e trinta e nove reais e onze centavos). Informação do Setor de Contabilidade do Executivo registrou que nenhum valor foi devolvido aos cofres municipais no que toca ao ajuste em comento.

Nessa toada, posicionando-se os auditores no sentido de que o Ente público no exercício do dever da fiscalização que lhe competia, inobservou ao artigo 70, parágrafo único, da CF/88, além de ter liberado parcelas sem a devida comprovação da boa e regular aplicação dos recursos anteriormente repassados, infringindo, portanto, os parágrafos 3º e 4º, artigo 116, da Lei de Licitações. Sugeriram os técnicos, desta feita, o ressarcimento ao erário municipal do valor de R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais).

Por fim, nos autos do mesmo Processo, foram consignadas inconformidades atinentes ao termo de parceria entre o Executivo e a oscip “Organização para O Desenvolvimento Social e Cidadania – ORDESC” para execução do programa Samu/Salvar, tendo sido estipulado o repasse total de R\$ 1.037.901,63 (um milhão, trinta e sete mil novecentos e um reais com sessenta e três centavos), com vigência inicial de 12 (doze) meses. Nesse, o discurso de aplicação realizado com base na análise das prestações de contas do termo de parceria revelou novamente, a identificação de intermediação de mão de obra decorrente da falta de providências no sentido de suprir a carência de servidores públicos para o desenvolvimento de ações e atividades propostas pela política de saúde do município.

**Figura 08: Da proposta de disponibilização de profissionais área atuar no âmbito do objeto do ajuste**

O Serviço de Atendimento Móvel de Urgência é um programa que tem como finalidade prestar socorro à população em casos de Urgência/emergências.

O Serviço funciona 24hs por dia com equipes de profissionais de saúde, como técnicos de enfermagem e condutores de veículos de emergência, conforme preconiza a Portaria 2048/MS, que atendem às urgências de natureza traumática, clínica, pediátrica, cirúrgica, ginecológicas, obstetrícia e saúde mental da população.

Profissional	Nº de Profissionais contrat. imediata	Contratação efe. necessidade
Técnico de Enfermagem c/habilitação em urgência e emergência	16	10
Condutor de Veículo de Emergência	16	10
Enfermeiro	1	3

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

A equipe requisitou a relação de profissionais disponibilizados pela ORDESC para atendimento dos Programas Samu Salvar e Transporte de Pacientes e Remoções, sendo fornecida a lista com os nomes e funções dos funcionários que prestaram serviços no âmbito dos referidos programas, que ficou exemplificativamente condensada pela equipe:

**Tabela 03: Síntese dos profissionais cooptados (competência)**

Competência	N. de Técnicos em Enfermagem	N. de Enfermeiros	N. de Condutores	Total
Janeiro	19	02	17	38
Julho	18	01	25	44
Outubro	16	01	21	38

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

Em cotejo com o quadro de pessoal da auditada no mesmo período:

**Tabela 04: Síntese dos profissionais cooptados (cargo e/ou função)**

Cargo e/ou Emprego	Criados	Ocupados	Vagos
Técnico de Enfermagem	80	16	64
Enfermeiro	42	33	09
Motorista	142	75	67

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

Novamente, concluiu-se que conforme a planilha de custo elaborada pela ORDESC para desenvolvimento do programa, 88% (oitenta e oito por cento) dos recursos repassados pela Auditada são destinados ao pagamento dos salários, encargos sociais e de mais despesas com os profissionais. Evidenciou-se ao juízo dos auditores uma contratação de pessoal pela via da intermediação de mão-de-obra, caracterizando uma terceirização irregular, resultando, assim, em contratação de pessoal sem o devido concurso público. Registraram no trabalho de auditoria que as atividades desenvolvidas pelos profissionais contratados por intermédio do termo de parceria caracterizam-se como rotineiras e de realização continuada, previstas para cargos permanentes do quadro de servidores do Ente.

Ademais, com o intuito de verificar a correta aplicação dos recursos municipais destinados à execução do Termo de Parceria n. 06/2011, a Equipe Signatária solicitou a apresentação das prestações de contas referentes ao exercício 2012. A equipe consignou que a gestão municipal – mesmo ao detectar que, pela análise de planilhas, o total de recursos repassados pelo Executivo à ORDESC, R\$ 1.507.020,39 (um milhão quinhentos e sete mil, vinte reais com trinta e nove centavos), fora aplicado na execução do objeto do termo de parceria, em verdade, R\$ 1.374.008,54 (um milhão trezentos e setenta e quatro mil, oito reais e cinquenta e quatro centavos), de sorte a restar um saldo de R\$ 133.212,85 (cento e trinta e três mil, duzentos e doze reais com oitenta e cinco centavos), montante de recursos que deveria ter retornado à municipalidade em decorrência do encerramento do vínculo – permitiu a transferência de recursos da conta vinculada ao ajuste à ORDESC, não exigindo a devolução do montante após o término do termo de parceria e não determinando à entidade parceira que aplicasse o saldo

remanescente em conta corrente. Desta feita, a equipe apontou como sugerida a devolução ao erário municipal de R\$ 133.212,85.

Outro ponto que foi objeto de do discurso dos auditores diz com ponto controvertido em âmbito de controle que é a cobrança de “taxa administrativa”. A ORDESC incluiu em sua planilha de custos a parcela denominada “despesas administrativas”. Para o corpo técnico, considerando que as oscips são entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.790/99, bem como pelo fato de que os recursos transferidos devem ser aplicados integralmente no objeto do termo de parceria, os repasses a título de gestão administrativa seriam incompatíveis com a natureza do ajuste e não encontrariam respaldo na legislação, de sorte que fora sugerido o débito de R\$ 143.448,46 (cento e quarenta e três mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e quarenta e seis centavos). Aqui cabe uma nova intelecção.

O Tribunal de Contas da União possui jurisprudência consolidada no sentido de apenas ser admissível a cobrança de valores em parcerias firmadas com o Poder Público para “custear despesas administrativas diretamente vinculadas ao objeto dos instrumentos de parcerias firmados, e que tais despesas deveriam ser detalhadamente demonstradas no plano de trabalho e comprovadas na prestação de contas” (TCU, Acórdão 3931/2012).

Entretanto essa não é uma posição unânime no âmbito do TCERS, tendo a divergência discursiva se instalado, por exemplo, quando do julgamento do Recurso de Embargos nº 2673-02.00/13-6 (Executivo Municipal de São Borja, sessão em 04-05-2016). Neste, em pedido de vista, o Conselheiro Algir Lorenzon argumentou que pagamento de taxa de administração em decorrência do termo de parceria firmado com a Organização para o Desenvolvimento Social e Cidadania – ORDESC, objetivando a conjugação de esforços para operacionalizar programas na área da saúde, não seria irregular em alinhamento a debates pretéritos nos quais a matéria foi objeto de diversos debates no âmbito desta Casa e que:

Diante das ponderações lançadas pelo Conselheiro Pedro Henrique e dos diversos debates que se instalaram neste Plenário, reexaminei a matéria, sendo que meu posicionamento se coaduna com a orientação majoritária, segundo a qual se considera plausível o repasse mensal de quantia necessária para o pagamento do gerenciamento do objeto conveniado e outros custos indiretos. O que a Lei Federal nº 9.790/99 proíbe é a obtenção de lucro, **o que não resta evidenciado nos autos**. Assim, verificando a existência de previsão do pagamento no percentual de 12% na Cláusula Vigésima Primeira do Termo de Parceria nº 01/2006 (com redação dada pelo Nono Aditivo – fl. 114 do processo de Contas), bem como o

afastamento da sugestão de fixação de débito nos exercícios de 2007 e 2010, conforme destacado pelo Condutor deste recurso (fls. 125/126), acompanho o Voto do Nobre Relator, Conselheiro Iradir Pietroski, considerando a possibilidade de transferência de recursos para a cobertura dos custos operacionais da atividade (TCERS, 2016, p. 165).

Neste Processo (RE de São Borja), por maioria, efetivamente fora afastada a imputação de débito decorrente da estipulação de taxa de administração junto ao termo de parceria com oscip. Por outro lado, o Conselheiro Cezar Miola tende a manter entendimento de que todo recurso repassado pelo ente público deve ser aplicado integralmente no objeto da parceria, não importando o nome dado a despesa, sob pena de caracterizar remuneração indevida a entidade parceira, posição que se ratifica aqui. Assim, o seu voto-vista na apreciação do presente processo de gestão (8047-0200/12-8):

Nesse quadro, em conclusão, penso que a cobrança sob a rubrica de “taxa administrativa”, “custos administrativos”, “despesas administrativas” ou outras nomenclaturas congêneres apenas podem ser reputadas legítimas se, dentre outros, houver a comprovação da correta e real aplicação das despesas lançadas como custo operacional, mediante apresentação de comprovantes de despesas. Nesse passo, acolhendo as manifestações da Área Técnica e do MPC, divergindo, data vênia, do Relator, voto por fixar débito no valor de R\$ 143.448,46.

Diga-se que o discurso de aplicação dos julgadores em relação a esse processo foi marcado pela troca ampla deliberação discursiva, notadamente em face da expressiva monta de valores objeto de sugestão de imputação de débito<sup>93</sup>. Tendo sido iniciado o julgamento pelo Tribunal Pleno em 19-07-2017<sup>94</sup>, o Conselheiro Cezar Miola solicitou vista, sendo que na sessão de 09-08-2017 apresentou a

---

<sup>93</sup> Prescreve o artigo 71 da CF/88: o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Nesse sentido, a fixação de débito tem por um de seus pressupostos a *existência de dano ao erário a ser reparado* e, por isso, possui nítida natureza indenizatória, sem caráter sancionatório. Inclusive, as decisões do TCU mencionam a fixação de débito (ressarcimento ao erário) como medida apartada das “sanções cabíveis”, além de indicar como um de seus pressupostos a existência de dano ao erário. Portanto, o entendimento doutrinário de que a dimensão sancionatória do processo de gestão (multas) difere da sua dimensão indenizatória (ressarcimento ao erário) está evidenciado no regramento adotado na Lei Orgânica do TCU e está refletido em suas decisões. No que tange às multas, registra-se que estas detêm natureza sancionatória.

<sup>94</sup> Na sessão de 19-07-2017, o Relator, Conselheiro Pedro Henrique Poli de Figueiredo, submeteu ao Plenário o seu voto no sentido de expedir recomendação e alerta a Origem, impor multa, fixar débito (subitens 1.1.2.4, 1.3.1, 4.1.2, 5.1.3, 5.2, 6.1.1, 6.1.2, 6.3.1.1, 7.1.2, 8.1.2 e 8.1.3) e julgar irregulares as contas do Administrador.

devolução de vista com voto divergente no que tange a alguns itens do relatório<sup>95</sup>. Em suma, quanto aos serviços e ações de saúde junto ao Executivo de Viamão, os discursos de aplicação próprios do julgamento do Processo nº 8047-0200/12-8 assim revelaram-se:

No que tange ao contrato com a OS Instituto Lagos-Rio, com sugestão de débito de R\$ 1.448.970,80 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, novecentos e setenta reais e oitenta centavos), haja vista a ausência de prestação de contas, o Voto dissidente (o voto condutor havia afastado o indicativo de débito), votou no sentido de manter o débito e de determinar ao Responsável a instauração de tomada de contas especial, a fim de se apurar eventual ocorrência de dano ao Erário na aplicação dos recursos repassados ao Instituto dos Lagos – Rio. Nesse ponto restou vencido o relator.

No que tange ao pretenso “contrato de gestão” e manifesta ausência de prestação de contas dos recursos repassados pelo Executivo à Fundação Municipal Getúlio Vargas de Sapucaia do Sul, a decisão plenária, por maioria, foi também no sentido de manter o débito e determinar ao atual Administrador que instaure tomada de contas especial, para apurar eventual ocorrência de dano ao erário, contemplando todos os pontos do trabalho de auditoria.

Quanto ao termo de parceria com a ORDESC, o débito foi afastado, restando vencido o voto vista que havia concluído ilegítima a despesa sob a rubrica de “taxa de administração”, o que não foi acolhido, de sorte que novamente a despesa a esse título foi considerada legítima pela Corte Gaúcha. O Voto do Relator no item foi acolhido pela maioria, afastando o aponte do rol de responsabilidades do Gestor. O Relator consignou:

*Acerca da cobrança de taxa administrativa em convênios firmados pelo Poder Público com entidades sem fins lucrativos (item 7.1.3), tenho manifestado minha posição favoravelmente ao seu pagamento em ajustes desta natureza. Tenho dito, inclusive, que sendo o valor razoavelmente baixo, não se pode falar em lucro propriamente dito, uma vez que o percentual cobrado sobre o total dos serviços, a título de taxa administrativa, pode ser revertido em investimentos na própria execução do serviço, ou na melhoria das condições do serviço delegado. Por exemplo, podem os valores pagos ser direcionados ao aperfeiçoamento dos profissionais contratados, ou, ainda, servir para cobrir eventuais despesas não previstas originalmente (TCE, Cons. Pedro Figueiredo).*

---

<sup>95</sup> A divergência abarcou o posicionamento quando aos itens 1.2.3, 6.2.1, 7.1.3, 7.2.2 e 7.3.4 do relatório de auditoria.

Abaixo, a título complementar, trecho das trocas intersubjetivas havida no âmbito da formação do discurso do controle, quando a apreciação do Processo em análise.

### Figura 09: Trocas intersubjetivas

**Conselheiro-Substituto Renato Azeredo:** “Eu solicito apenas um esclarecimento do Conselheiro Miola a respeito da Tomada de Contas Especial, que suscita, para fins de formação de juízo, relativamente aos itens 7.2.2 e 7.3.4. O que Vossa Excelência objetiva alcançar?”.

**Conselheiro Cezar Miola:** “Até para facilitar, eu vou reler rapidamente: ‘A matéria identificada no tópico 7.2.2, com sugestão de débito de R\$ 1.800.000,00, trata da ausência de prestação de contas dos recursos repassados pelo Executivo à Fundação Municipal Getúlio Vargas de Sapucaia do Sul, por meio de contrato de gestão para implantação de unidade de pronto atendimento 24 horas. Os relatórios fornecidos à Equipe a título de prestação de contas somente declaram os valores supostamente gastos com pessoal, material de consumo e serviços de terceiros, dentre outras rubricas, sem a anexação de qualquer documentação comprobatória, impossibilitando a verificação da finalidade pública no emprego dos recursos financeiros alcançados pelo Executivo Municipal. Os documentos existentes consistem em peças de cunho gerencial, contendo dados sobre a evolução dos atendimentos, perfil da demanda, distribuição dos atendimentos por região, dentre outras informações. Contudo, em relação à efetiva prestação de contas dos recursos alcançados pelo Município, nenhum comprovante de despesa foi apresentado’. Então, como não é de se presumir que esses recursos não tenham sido utilizados, pelo menos em parte, a ideia é que o Município – que foi a linha, acho, que sustentou o eminente Relator –, não se pode cogitar que nenhum desses recursos, nenhuma parcela desse valor, tenha sido aplicada. Quiçá, toda ela seja legitimamente aplicada. O objetivo é que a Tomada de Contas Especial esclareça. Que ele instaure a Tomada e indique: os recursos foram aplicados? Então, faça a comprovação; ou, se houver diferença, que se impute o débito pela eventual divergência. Então, os dois apontamentos vão na mesma linha, na verdade.”

**Conselheiro-Substituto Renato Azeredo:** “Agradeço a Vossa Excelência. Agora estou esclarecido. Eu vou votar da mesma forma que o Conselheiro Postal, no sentido do encaminhamento da Tomada de Contas Especial.”

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8047-0200/12-8, documentos anexos ao relatório de auditoria.

Por fim, registra-se que o presente feito está pendente de julgamento do Recurso de Reconsideração nº 15197-0200/17-0.

Situação 3, Inspeção Especial<sup>96</sup> nº 8321-0200/15-7, Executivo de Jaboticaba/RS. Essa Inspeção visou a análise de eventuais inconformidades no

<sup>96</sup> Segundo o glossário do TCERS, é determinada pela Presidência do TCE-RS para verificar fatos relevantes e/ou urgentes, bem como para apurar denúncias quanto à legalidade e à legitimidade de atos e fatos administrativos praticados por qualquer responsável ou administrador sujeito à sua juris-

contrato de gestão firmado para a prestação de serviços de saúde com o Instituto Riograndense de Desenvolvimento Social Integrado – IRDESI (entidade qualificada como organização social). O exame preliminar efetuado pela equipe de auditoria, mediante a Informação n.º 11/2015 do Serviço Regional de Auditoria de Frederico Westfalen, destacou as seguintes inconformidades: terceirização irregular de serviços públicos de saúde, ausência de procedimento público para celebração do contrato de gestão, inconformidades na qualificação da contratada como organização social, insuficiente descrição do objeto contratual com prejuízos ao atingimento da finalidade pública e inadequado planejamento dos custos do contrato. Foi sugerido, liminarmente, o deferimento de medida cautelar para suspender repasses por meio do vínculo, e, no mérito, a anulação do contrato de gestão.

Assim discorreu o Conselheiro Relator do feito para que acolhesse o pedido cautelar dos auditores (em face do permissivo contido no art. 2º da Resolução TCERS 932/2012):

As inconformidades relatadas ao longo dessa Informação revelam transgressões a inúmeros dispositivos constitucionais e legais, as quais estão embasadas em documentação e jurisprudência, caracterizando, assim, o **fumus boni iuris** das conclusões exaradas pela Equipe de Auditoria – e.g., não observância dos requisitos legais para a qualificação da contratada como organização social, ausência de comprovação da capacidade da entidade para executar adequadamente os serviços contratados.

Por seu turno, o **periculum in mora** evidencia-se na possibilidade da execução de serviços sem a estipulação de metas qualitativas e quantitativas, a probabilidade de pagamentos de valores superiores aos praticados pelo mercado e inclusão de taxa de administração, hipótese esta, que se comprovada, resta vedada para as organizações sociais, situações que poderão ocasionar dano irreparável ao Erário e à qualidade dos serviços públicos a serem prestados à comunidade (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Nessa Inspeção Especial, o trabalho de auditoria operou sua análise partindo dos pressupostos trazidos no julgamento da ADIn nº 1.923, para demonstrar os inúmeros dispositivos da Lei Federal nº 9.637/1998 que foram violados pela municipalidade na firmação do vínculo com a referida OS (além da violação à lei local que regulamenta esse tipo de parceria). O Relatório de Auditoria demonstrou que o poder público estava a contratar, para o gerenciamento da atenção básica à saúde, uma associação composta por apenas 4 (quatro) pessoas, que detinha como objeto social diversas atividades (dentre as quais consultoria e auditoria atuarial e

---

dição, abrangendo exercícios não julgados, inclusive com proposição de medidas acautelatórias.

contábil e alocação de mão de obra) e que existiam, como visto, graves inconsistências no tocante à da ação pública de transferência da gestão. A título exemplificativo, excerto do discurso de aplicação objeto do relato:

### **Figura 10: Das fragilidades em âmbito de gestão convenial**

#### **1.2. Do Chamamento Público nº 002/2015 e da Contratação**

##### **1.2.1. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO PÚBLICO PARA A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO**

O Contrato de Gestão não menciona nenhum procedimento público que tenha sido realizado para a determinação da atividade de fomento a ser realizada pelo Poder Público, destinado a assegurar a participação de demais interessados e à verificação de que a contratada possui capacidade de executar os serviços a serem prestados.

Questionada a respeito do procedimento licitatório e do contrato firmado com a referida Associação privada, através da Requisição de Documento(s) e/ou Informação(ões) nº 03/2015 (fls. 63 e 64), a Auditada apresentou o instrumento firmado bem como a Chamada Pública nº 002/2015 e documentos anexos (fls. 65 a 145).

Da análise do Edital nº 002/2015, referente ao Chamamento Público, constatou-se que se refere à qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organização social na área de serviços em saúde no âmbito do Município de Jaboticaba, não se tratando, portanto, de procedimento de habilitação dos interessados em contratar os serviços a serem delegados pela Administração Municipal.

A necessidade de procedimento público prévio à celebração do contrato de gestão restou assentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 (relatório e votos ainda não publicados), nos seguintes termos:

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8321-0200/15-7

Registra-se que o chamamento público que originou o contrato de gestão entre os atores envolvidos foi anulado pelo Gestor municipal após o deferimento da medida acautelatória pelo Conselheiro Relator, conforme informado pelo primeiro nos autos, após sua regular intimação. Desta feita, essa ação gerou efeitos em face do plano de ação do auditado, de forma que se chegou a um consenso válido:

## Figura 11: Discurso de aplicação definitivo

### VOTO

Pedindo vênia ao *Parquet*, entendo que a anulação do processo licitatório em 24.08.2015, quatro dias após a concessão da medida acautelatória, demonstra o pleno acatamento da decisão desta Corte de Contas e ocasiona a perda de objeto da Inspeção Especial. Desta feita, não vejo motivo para aplicação de multa, nem para que esta questão repercuta nas Contas do Gestor.

Do exposto, VOTO por **recomendar** ao atual Gestor para que, em futuros contratos análogos, observe as determinações deste TCE acerca do tema e, após, pelo **arquivamento** do presente feito.

**Alexandre Mariotti**  
Conselheiro, em substituição

Fonte: TCE/RS, proc. n. 8321-0200/15-7

Esse é um exemplo, portanto, de acompanhamento concomitante da gestão pelo controle externo que resultou na pronta detecção de inconformidades atinentes ao vínculo com o Terceiro Setor e que impediu que recursos públicos fossem repassados sem que os critérios mínimos de observância à legislação de regência fossem comprovados.

Situação 4, Tomada de Contas Especial<sup>97</sup> nº 10767-0200/15-1: Consórcio Público da Associação dos Municípios do Litoral Norte – CP AMLINORTE, englobando os exercícios de 2013 a 2015. A Administração do Consórcio Público da Associação dos Municípios do Litoral Norte firmou termo de parceria com a entidade

---

<sup>97</sup> Ao teor da Resolução nº 1049/2015 do TCERS, tomada de contas especial é processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, voltado à apuração de responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública e, quando quantificável, ao meio ambiente, envolvendo a averiguação de fatos, a identificação dos responsáveis, a fixação do montante indenizável e a obtenção do respectivo ressarcimento.

qualificada como oscip denominada Futura Sistema de Saúde e Assistência Social, para prover “ações complementares e de suporte em programas e serviços de Saúde” junto aos municípios abrangidos pelo consórcio. O esquema abaixo ilustra a operacionalização da parceria e o relacionamento dos atores<sup>98</sup>:



O vínculo operou-se a partir do Concurso de Projetos nº 02/2010:

**Tabela 05: Da visão global do enlace dos planos de ação**

CERTAME	LEG.	ENTIDADE SELECIONADA	OBJETO DA PARCERIA	DATA DO TERMO DE PARCERIA	VIG.	REPASSES PREVISTOS
Conc.d e Projetos	Lei nº 9.790/99	Futura Sistema de Saúde e Assistência Social, pessoa jurídica sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP.	O desenvolvimento, nos municípios abrangidos pelo consórcio, de <b>ações complementares e de suporte em programas e serviços de Saúde</b> , como Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e Emergência (SAMU), Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), Estratégia de Saúde da Família (ESF), entre outros.	02/12/2010	até 5 anos	cerca de <b>R\$ 22 milhões</b> , por ano

Fonte: termo de parceria

<sup>98</sup> Os esquemas foram retirados dos Processos referido, cuja autoria é dos APEs Mauro Eduardo de Souza Pinto e Agemir Marcolin Junior.

Desde o exercício de 2011, identifica o TCERS inconformidades na execução do objeto da parceria, que se resumem em: contratação de pessoal pela oscip sem observância à legislação trabalhista e ao Termo de Parceria; seleção de pessoal sem prévio processo seletivo, realização de auditoria independente em desacordo com as normas de auditoria com o exigido pela lei de regência, ausência de acompanhamento quanto ao atingimento das metas pactuadas; impedimento de atuação do controle externo (não fornecimento de uma série de informações essenciais relacionadas a despesas, obrigações legais e contratações), prestação de contas em desacordo com a legislação e com o termo de parceria.

Registra-se que na ocasião da auditoria realizada referente ao Exercício de 2014, igualmente não havia sido possível um adequado exame das despesas que compuseram a prestação de contas atinente ao Exercício de 2013 (apresentadas pela parceira oscip no ano de 2014<sup>99</sup>), sobretudo, em razão da opacidade<sup>100</sup> e da forma como os dados foram apresentados – dificuldades de exame estas reconhecidas, aliás, pela própria Auditada na Ata nº 01/2015, de 23/01/2015, veja-se:

### Figura 12: Das insuficiências discursivas nas prestações de contas

Saúde do Litoral Norte e Guilherme Henrique de Almada Lermem – representante da OSCIP Futura Saúde e Assistência Social. Dizendo isto, a senhora Cleres deu início a leitura, na íntegra, da Ata elaborada pela referida Comissão que fica fazendo parte integrante desta Ata. Os principais pontos que foram abordados tiveram apresentação no data show para que os Prefeitos pudessem acompanhar melhor a leitura. Como os relatórios são bem confusos e "complexos" procuramos identificar quais os pontos que estariam em desacordo com o Termo de Parceria já objeto de apontamento do TCERS, em outros exercícios deixando claro que não foi uma avaliação contábil e sim levantamento feito a partir de dados coletados do próprio Termo de Parceria e dos documentos constantes dos relatórios entregues no Consórcio ou não apresentados conforme previstos em lei. Para concluir disse que a Prestação de Contas apesar dos problemas relatados poderá ser aprovada pela Assembleia Geral desde que o Conselho Fiscal assim entender, pois o nosso trabalho apesar de algumas dúvidas, está concluído finalizou a senhora Cleres. Encaminha-se para Parecer do Conselho Fiscal do Consórcio Público de AMUNORTE A...

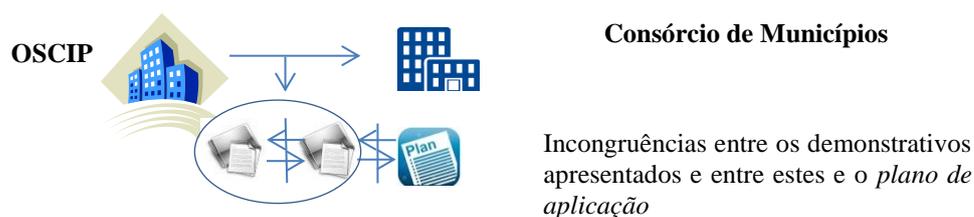
Fonte: TCE/RS, proc. n. 10767-0200/15-1, documentos anexos ao relatório de auditoria.

<sup>99</sup> A cláusula quinta do termo de parceria prevê que a prestação de contas quanto ao objeto, recursos e bens deverá ser feita pela parceira OSCIP, no caso de coincidência com o ano fiscal, até 28 de fevereiro do ano subsequente.

<sup>100</sup> Termo aqui utilizado para designar a ausência de clareza ou diminuta transparência das prestações de contas.

No Processo objeto de análise nesse momento, a equipe ao proceder exames auditorias identificou inconsistências nos demonstrativos apresentados pela oscip e a aplicação de recursos em desacordo com o plano de aplicação. Viu-se que o plano de aplicação e os demonstrativos não contemplam um grau de detalhamento razoável e suficiente ao atendimento da norma do art. 10, §2º, inc. IV, da Lei nº 9.790/1999<sup>101</sup>.

### Gráfico 02: Prestação de contas



Fonte: TCE/RS, proc. n. 10767-0200/15-1, relatório de auditoria.

Na sequência, apontou-se que as contratações realizadas pela oscip com terceiros não foram precedidas de certame que garantisse à observância regime de direito público. Isso porque, a Lei nº 9.790/99 determina que as oscips deverão observar, na compra de bens e contratação de obras e serviços, os procedimentos estabelecidos em regulamento por ela própria expedido visando dar concretude aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência. Ou seja, tais entidades podem optar pelo estabelecimento de regras específicas, desde que garantam a observância daqueles valores que a matriz constitucional busca concretizar, tais como a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa, a publicidade, a moralidade e o amplo competitivo:

<sup>101</sup> Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. § 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo. § 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria: I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 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; IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores [...].

### Gráfico 03: A contratação de bens e serviços com terceiros pela entidade



Fonte: TCE/RS, proc. n. 10767-0200/15-1, relatório de auditoria.

Nessa toada, é interessante notar que em análise acerca das aquisições procedidas pela oscip, percebeu-se em algumas, a identidade de sócios ou administradores entre empresas contratadas e a oscip e relação de parentesco e/ou proximidade, em uma teia de relacionamentos e conexões de cunho subjetivo e com robustos indícios de afronta aos princípios que regem à administração pública, em especial o da moralidade (dada a existência do nome dos envolvidos no relatório de auditoria, optou-se por não juntar imagem de referência).

Outra grave constatação com relação à aquisição com terceiros diz com as contratações das empresas ATS Contabilidade e Suprema Assessoria Empresarial<sup>102</sup>, as quais foram realizadas em inobservância ao Regulamento e num contexto indicativo de inobservância de competitório. Ademais, os auditores juntaram uma série de planilhas e cálculos ao seu relatório, concluindo que os valores contratados e pagos pela parceira privada para esses serviços foram significativamente discrepantes das referências obtidas junto ao mercado e, no caso do serviço de contabilidade, também dos custos estimados para a manutenção de profissional exclusivo para a execução dos referidos serviços, o que evidenciou a ocorrências de superfaturamento.

No ponto, a dadas a situações de aplicação, a equipe sugeriu a imputação de débito relativo “às menores diferenças identificadas nas tabelas 6 e 8 retro (critério mais benéfico)”, sendo de R\$ 185.373,62 (cento e oitenta e cinco mil, trezentos e setenta e três reais e sessenta e dois centavos) para os serviços de auditoria independente, e R\$ 276.998,29 (duzentos e setenta e seis mil e novecentos e

<sup>102</sup> A oscip contratou uma gama variada de consultorias, assessorias e outros sérvios, os quais inclusive, podem ser questionados no que tange à necessidade e legitimidade da despesa.

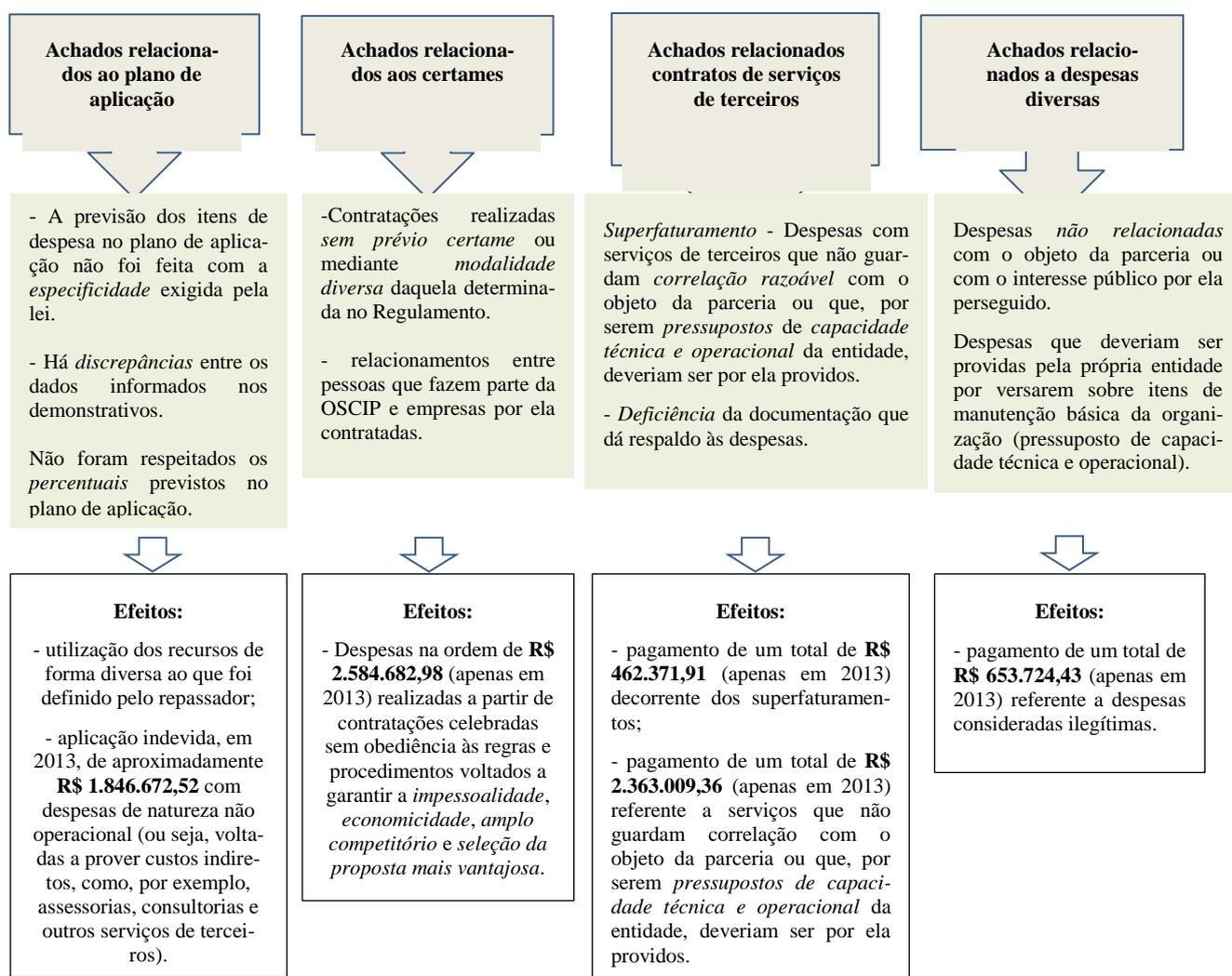
noventa e oito reais e vinte e nove centavos) para os serviços de contabilidade e conexos”, o que totalizou a sugestão de restituição de R\$ 462.371,91 (quatrocentos e sessenta e dois mil, trezentos e setenta e um reais e noventa e um centavos).

Também, as despesas autorizadas no plano de aplicação para serem consideradas legítimas, no horizonte da experiência dos técnicos do TCERS, deveriam guardar relação mínima, dentro da esfera da razoabilidade, com a execução do objeto do termo de parceria. Desta feita, no caso de despesas relacionadas a custos indiretos, deveria existir o demonstrativo de que a despesa é necessária e que guarda proporcionalidade com a assunção da parceria.

Diz-se isso porque a equipe de auditoria, realçado a perspectiva específica de indícios de danos contundentes ao erário, identificou uma série de despesas não condizentes com o objeto formal da parceria e, menos ainda condizente com o interesse público nela consignado. Nesse sentido, foram identificadas: “despesas com “patrocínios”, despesas com “empréstimos”, despesas com confraternizações e cestas de final de ano, despesas com brindes, participação e divulgação da parceira OSCIP em eventos, despesas com a aquisição de bem ornamental e aparelho televisor, despesas realizadas em outros estados da federação, despesas com pagamento de Diretoria e Quadro Administrativo e de Gestão, despesas com o IPTU da sede da entidade e despesas com segurança e monitoramento de prédio. Em não havendo, portanto, elementos que comprovem relação de pertinência desses dispêndios com fim público argumentativamente disposto na avença (plano de ação para o qual houve o consenso), entendeu-se que as mesmas careciam de legitimidade e impôs-se que o valor fosse restituído ao erário.

A conclusão da equipe de auditoria foi no sentido de solicitar a medidas acautelatórias ao Relator do feito, o que fez a partir da síntese dos seus achados em quatro eixos distintos: relativos ao plano de aplicação; aos certames; aos contratos de serviços de terceiros e, por fim, às despesas diversas. O esquema ilustrativo abaixo permite esta forma de visualização:

Gráfico 04: Os discursos conclusivos da equipe técnica



Fonte: TCE/RS, proc. n. 10767-0200/15-1, relatório de auditoria.

Para os auditores, se, apenas por hipótese, considerasse-se que os achados referentes a despesas realizadas pela parceira OSCIP no exercício de 2013 se mantivessem constantes durante todo o período de duração da parceria, que é de

cinco anos<sup>103</sup> (e, aliás, parte dos contratos remonta à véspera da celebração da parceria), ter-se-ia, em caso de acolhimento dos apontamentos postos nas seções 1.1.4 e 1.1.5, um dano potencial ao erário de R\$ 15.083.668,95<sup>104</sup>.

Os técnicos da Corte foram enfáticos ao proferir que a adoção de medida acautelatória visando a rescisão imediata do vínculo seria imprescindível para a cessação da lesão ao Erário – veja-se que a referência a um sinal situacional peculiar é nesse caso também um linha singular de argumentação que careceu de justificação robusta pelos proferentes – e, especialmente, para a garantia da efetividade de uma eventual decisão imputadora de débito, estando alinhada, por conseguinte, ao enfoque de atuação prévia ou concomitante perseguida, na atualidade, pelos órgãos de controle.

Por fim, argumentaram, trazendo mais elementos corroborativos quanto à necessidade da uma atuação imediata da Corte de Contas que, conforme abordado em relatório relativo a exercício anterior, a parceria não está sendo objeto de avaliação e monitoramento quanto às metas e resultados pelo Ente público. Esse, invariavelmente, como aduzem os auditores, é fato relevante na medida em que é da essência desse tipo de ajuste a “estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos” (art. 10, §2º, II, Lei nº 9.790/99), de sorte que a inexistência de um acompanhamento neste aspecto subverte por completo a natureza e os fins da relação de direito público desenhada pela Lei nº 9.790/99.

A referida Tomada de Contas encontra-se pendente de julgamento definitivo. Interessante movimentação processual se deu em decorrência da manifestação do Ministério Público de Contas, por meio da Promoção MPC nº 274/2016, da lavra do Procurador Geral Geraldo Costa da Camino, por meio da qual propugnou a conversão da Inspeção Especial em Tomada de Contas Especial, situação, que se acolhida, possibilitará o chamamento dos responsáveis pela oscip (e, segundo o representante do MPC, os principais causadores dos danos apontados) para serem partes no feito e sobre eles incidir a responsabilidade pessoal e solidária em conjunto com o Gestor do consórcio. O pleito foi acolhido pelo Relator<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Conforme cláusula sétima do Termo de Parceria.

<sup>104</sup> Este valor corresponde à multiplicação do valor de R\$ 3.016.733,79, resultante da soma das proposições de débito postas nas seções 1.1.4 e 1.1.5 (respectivamente, de R\$ 2.363.009,36 e R\$ 653.724,43), por 5, que é o número de anos de duração da parceria.

<sup>105</sup> Intimado o responsável pelo Consórcio acerca da conversão do expediente em Tomada de Contas Especial para fins de inclusão dos dirigentes da oscip no polo passivo, não houve qualquer manifestação.

Situação 5, Processo Contas de Gestão nº 973-0200/13-6, Executivo Municipal de Três Cachoeiras. Trata-se de inconformidade relativa ao vínculo do Executivo com a OSCIP Instituto Sócio-Educacional da Biodiversidade para a Prestação de Serviços de Saúde. É situação que também se prolonga ao longo dos exercícios junto ao município, tendo a Corte de Contas detectado inconsistências advindas da parceria desde o exercício de 2013, tendo o último relatório de auditoria efetivado, Processo nº 2674-0200/16-5 (ainda não disponível via Lei de Acesso à Informação), também proferido a manutenção das inconsistências. Assim, nos relatórios de 2013, 2015 e 2016 (a matéria também foi consignada, Processo nº 3097-0200/15-5) relatou-se a configuração de terceirização irregular haja vista a não atenção à esfera de complementariedade e, portanto, desatendimento ao Parecer nº 01/2013 do TCERS (considerando, ademais, que os serviços executados pela oscip se referiam todos à atenção básica: ESF, ACS, SAMU e Centro Municipal de vigilância em saúde):

### **Figura 13: O consenso acerca do objeto global da parceria**

*O presente TERMO DE PARCERIA tem por objeto a contratação de entidade de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, que se interesse em realizar, por meio de termo de parceria e em estreita cooperação com a Prefeitura Municipal de Três Cachoeiras, parceria no desenvolvimento de um conjunto de ações complementares aos programas Atenção Básica e Estratégia de Saúde da Família – ESF e desenvolvimento dos programas e serviços de suporte ao SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e Centro Municipal de Vigilância em Saúde - CMVS. Tais ações têm o objetivo de estabelecer diretrizes, normas e rotinas para a*

Fonte: TCE/RS, proc. n. 973-0200/13-2, relatório de auditoria.

Ou seja, os auditores apontaram, que *in casu* não há que se falar em atuação complementar da oscip nos serviços de saúde de competência municipal, haja vista que – ampliada a descrição situacional proferida no objeto da avença – viu-se igualmente a ampliação dos discursos de aplicação *prima facie* possíveis, e definida a adequação argumentativamente incidente, restou configurada, para os auditores, a transferência significativa dos serviços disponibilizados pela Auditada. Também a argumentação apontou a hibridização da atuação de servidores públicos e contratados pelas entidades, o que, invariavelmente pode vier a onerar o Executivo em eventuais demandas trabalhistas:

### Figura 14: A proposta de disponibilização de profissionais pela entidade

Embora conste do objeto do Termo de Parceria em comento que a OSCIP foi contratada para atuar de forma complementar nos programas Atenção Básica e Estratégia de Saúde da Família - ESF e desenvolvimento dos programas e serviços de suporte ao SAMU - Serviço de Atendimento Móvel de Urgência e Centro Municipal de Vigilância em Saúde - CMVS, examinando-se a relação dos servidores da Secretaria da Saúde que atuam também nesses serviços (fls. 82 e 83), verificou-se uma significativa dependência dos profissionais contratados através desta OSCIP no que se refere à manutenção dos serviços oferecidos através dos programas de saúde já elencados, senão vejamos:

RELAÇÃO DOS SERVIDORES DA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE QUE ATUAM NOS PROGRAMAS DE SAÚDE CONTRATADOS JUNTO À OSCIP INSTITUTO SÓCIO-EDUCACIONAL DA BIODIVERSIDADE (fls. 82 e 83)		
Nome	Formação/Cargo	Programa de Atuação
Eliane Machado da Silva	Técnico em Enfermagem	Estratégia de Saúde da Família
Enilda Luzia Mengue Raupp	Auxiliar de Enfermagem	Estratégia de Saúde da Família
José Francisco de Matos	Farmacêutico	Assistência Farmacêutica/ Centro Municipal de Vigilância em Saúde
Querli da Silva Aguiar	Agente Zoonoses	Centro Municipal de Vigilância em Saúde
Rosane Machado Medeiros	Fiscal	Centro Municipal de Vigilância em Saúde
Rosani Justo Dimer	Auxiliar de Enfermagem	Estratégia de Saúde da Família
Jesus Machado Vieira	Médico	Atenção Básica
Mirabeau Esquivei Hoppe	Médico	Atenção Básica
Maria Loeci da Silva	Enfermeira	Atenção Básica
André Miyagi	Dentista	Atenção Básica - Odontologia
Claudia da Cruz Afonso	Dentista	Atenção Básica - Odontologia
Naiura Munari Domingos	Enfermeira	Estratégia de Saúde da Família
Larissa Rhade	Nutricionista	Atenção
Rudmila Liperte Frazão	Técnico em Enfermagem	Estratégia de Saúde da Família
Jucelaine Machado	Fisioterapeuta	Atenção Básica
Dione Cardoso	Psicóloga	Atenção Básica
Elizabeth Paulart	Enfermeira	Estratégia de Saúde da Família
<b>Total de Servidores: 17</b>		

Fonte: TCE/RS, proc. n. 973-0200/13-2, relatório de auditoria.

Considerando que a racionalidade das proposições está conectada com a maneira pela qual se faz uso da comunicação é que o termo de parceria firmado não fora considerado regular (ou racional, à luz da ação comunicativa), e os auditores entenderam que os pagamentos efetuados aos profissionais contratados pela oscip, na monta de R\$ 1.419.057,20 (um milhão, quatrocentos e dezenove mil, cinquenta e sete reais e vinte centavos), integram as despesas com pessoal do Executivo, para aferição dos limites impostos pela alínea “b” do inciso III do art. 20 da LRF.

Ademais, os processos abordaram a incompletude discursiva nas prestações de contas fornecida em face do repasses decorrentes do termo de parceria, eis que não foram comprovadas despesas atinentes à taxa de administração/custos operacionais e relativas aos equipamentos de proteção individual. Embora o termo de parceria previsse um valor mensal de repasse de R\$ 2.968.044,59 (dois milhões, novecentos e sessenta e oito mil quarenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos), a utilização integral desse no objeto da parceria, ao juízo dos auditores, não restou comprovado, sugerindo-se no expediente a retomada aos cofres públicos de R\$ 395.767,34 (trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), por infringência ao artigo 12 do Decreto Federal nº 3.100/1999.

O juízo de adequabilidade não depurou todas as normas válidas *prima facie* ao caso e, tampouco, considerou na aplicação os robustos sinais apontados pelo corpo técnico, de sorte que o princípio da universalização em seu sentido forte restou inobservado, dado que a equipe levou em consideração as peculiaridades gerais da situação advinda da parceria e o *decisum* deflagrado pela Câmara nos autos do Processo nº 973-0200/13-6, proferido em 25/06/2015, restringiu-se a proferir a aplicação de multa ao Responsável, com fundamentação restrita:

[...] Sobre as demais irregularidades, consoante a conclusão do Órgão Técnico, bem como da opinião da Agente Ministerial, entendo que, os esclarecimentos apresentados, como bem registra a minudente análise da SICM, as quais adoto como razões de decidir, não têm o condão de elidir as inconformidades apontadas, as quais, configuram a prática de atos de gestão contrários às normas de natureza operacional e de administração financeira e orçamentária, que, embora não maculem a globalidade das Contas, deixam o Administrador, ao alcance da aplicação de penalidade pecuniária e ensejam a emissão de recomendação à Origem, para que evite a reincidência das falhas detectadas, promovendo a adoção de medidas corretivas. (TCERS, 2015, p. 311).

Entretanto, tendo o juízo do Conselho sido objeto de Embargos Declaratórios (Processo nº 8132-0200/15-5, julgado em 15/10/2015), a verificação da situação posta no expediente foi mais adequadamente analisada pelo juízo de aplicação do Relator, não tendo o pleito provimento, pelos seguintes termos:

[...] Na realidade trata-se de discordância do Embargante com o entendimento firmado por esta Segunda Câmara, ao analisar a intermediação de mão-de-obra viabilizada por meio de Termo de Parceria feito com OSCIP, e a necessidade, por consequência, de se computar os

gastos com a intermediação no índice de despesas com pessoal. Esta Corte de Contas apresenta forte entendimento de que os gastos realizados com as chamadas “falsas terceirizações”, configuradas quando terceiro agente não presta serviço à Administração, mas apenas disponibiliza agentes para trabalharem como se servidores fossem, devem ser computados como despesa de pessoal. Nesse sentido, várias são as decisões proferidas por este Tribunal: 008696-02.00/12-3, 000770-02.00/11-5, 008283-02.00/12-0, 4233-02.00/12-2, dentre outras. Dessa maneira, não há que se falar em omissão ou contradição no presente caso, tendo em vista que o decisum apenas seguiu a linha jurisprudencial retrocitada. Novamente reforço que a decisão recorrida em momento algum negou a possibilidade de se terceirizar serviços na área da saúde, residindo a questão unicamente na forma como foi celebrado o termo de parceria, onde se estabeleceu apenas a substituição de mão-de-obra concursada ao invés de se criar um vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público (art. 9 da Lei Federal nº 9790/99). [...]. Por fim, registro ainda que dentre os profissionais intermediados constam 28 Agentes Comunitários de Saúde, situação vedada expressamente pela Lei Federal nº 11.350/2006 (TCERS, 2015, p. 42, grifou-se).

Como se percebe, o “debate” ofertado pela auditada importou na própria ampliação da argumentação e do incremento da descrição situacional pelo responsável pela comunicação de aplicação, o que demonstra que é imprescindível que sejam relacionadas na esfera decisória todas as descrições situacionais, sob pena de um proferimento insuficiente, sem racionalidade, e, por isso, dando ensejo à contra argumentação e à crítica:

Nos discursos de aplicação [...] a ideia de imparcialidade exige a consideração de ‘todos os sinais característicos’ da situação, e não apenas o destaque de algumas características tidas como relevantes em decorrência de pretensas ‘naturezas jurídicas’ ou ‘essências’ de institutos abstratamente considerados. Tendo em vista uma aplicação adequada do direito, o comando de imparcialidade determina que se dê tanta ou mais atenção às peculiaridades do fato [...]. (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 121).

Por fim, o Gestor interpôs recurso de embargos em face do *decisum a quo* relativo ao processo de 2013, que está pendente de julgamento. Diga-se que no relatório relativo ao exercício de 2016, foi requerido ao Ente que informasse as medidas tendentes a sanar os apontamentos. A Auditada apressou-se em informar, no entanto, que requereu judicialmente a não inclusão das despesas advindas da parceria com a oscip no seu computo de gastos com pessoal, no tocante às contas de 2013, mediante mandado de segurança ao qual se concedeu segurança. Informou, ademais, a rescisão “dos contratados pela entidade cujas funções não estavam relacionadas com as atividades complementares dos programas de saúde constantes do termo de parceria e a possibilidade de oscip intermediar mão de obra. A análise acerca desse discurso não pode ser verificado nesse momento pela

pesquisa, em decorrência da não disponibilização do expediente via LAI e do acesso a essa informação via sistemas internos da Corte.

Feitas as referências, diga-se que os expedientes acima analisados revelam, em verdade, uma amostra extremamente diminuta da gama de trabalhos nos quais o TCERS atua e que versam sobre o tema delimitado nessa pesquisa. Inclusive nos exercícios de 2016 e 2017 (muitos deles ainda em fase de intimação dos gestores), os relatórios de auditoria detiveram uma atenção redobrada no que tange às políticas públicas de saúde municipal, já que o plano operativo do TCERS nesses exercícios considerou essa uma área de extrema criticidade.

Nesse sentido, considerando que a proposição exposta para a formulação do problema de pesquisa, ratifica-se, nesse momento, o entendimento quanto à incapacidade de os instrumentos jurídicos firmados entre os Executivos municipais e organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público (para a prestação dos serviços públicos de saúde, a partir dos trabalhos de fiscalização do TCERS) se constituírem como instrumentos comunicativos aptos a coordenar o plano ação dos atores envolvidos na busca do consenso e permitir a atuação do controle externo nesse âmbito. Ou seja, conclui-se que não podem, da forma como hoje operam, ser considerados como opção mais vantajosa, em termos de legitimidade e economicidade, à gestão municipal e à sociedade.

Diz-se isso não apenas porque desde a formação dessas parcerias são detectáveis atecnias que podem descaracterizar o contrato de gestão ou a organização social, mas também em face das insuficiências discursivas quanto às metas do ajuste e os planos de aplicação que desviam do objeto conveniado<sup>106</sup> a ser executado pelas entidades, o que torna extremamente passíveis de crítica, de pronto, a intelegibilidade dos aspectos locucionários dos contratos de gestão e termos de parceria. Ainda assim, formalizados os instrumentos e tendo os mesmos aceitação soberana e reprodução no mundo da vida, é possível que os proferimentos ali insertos vinculem o plano de ação dos atores e possibilitem o consenso, mesmo que conforme os casos analisados isso não se tenha operado.

---

<sup>106</sup> Em regra, para o TCU (Acórdão 1518/2008-Primeira Câmara), a aplicação de recursos de convênio em objeto distinto do pactuado, mas dentro da mesma finalidade, constitui desvio de objeto e não gera imputação de débito. No entanto, a alteração não autorizada do objeto é infração grave que conduz à irregularidade das contas e aplicação de multa.

Entende-se isso porque as leis de regência acerca dos contratos de gestão e dos termos de parceria já transmitem a locução e a ilocução de que é da gênese desses ajustes a conjugação de auxílio mútuo para o incremento da ação social empreendida, o que pressupõe entidade regularmente qualificada e convênios estipulados com todos os requisitos imprescindíveis para a execução do objeto.

Assim, ressalvadas as insuficiências em termos locucionários registra-se que esses não se mostraram capazes de antecipar os efeitos ilocucionários da ação seguinte que é a efetiva execução da comunicação. Veja-se que Habermas fundamenta a ação estratégica como parasitária da comunicativa, justamente porque ela só funciona por que os ouvintes pressupõem aquilo que acreditam ser a regra, ou seja, a ação comunicativa. Assim, entende-se que a ação dos “parceiros” não produz engates ilocucionários, pois cingem-se a utilizar a linguagem não para a busca do consenso com o outro sobre estados de fato e normas, mas sim para gerar efeitos perlocucionários, que nesse caso significam o uso de bens, estrutura, servidores e repasses governamentais para fins não públicos. O ato ilocucionário, igualmente, ao ser proferido para a constituir o vínculo e estabelecer as obrigações da parceira perante ao Estado se mostra eivado de uma dimensão social, porém não comunicativa, eis que a linguagem ali está orientada para a produção de efeitos.

Desta feita, os instrumentos jurídicos que vinculam administração municipal e o Terceiro Setor, a partir de suas fragilidades em termos locucionários e ilocucionários, não parecem preencher os requisitos de uma verdadeira ação comunicativa e, por isso não são aptos a coordenar o plano de ação dos proferentes em prol do consenso livre, verdadeiro e sobre o que é o certo a fazer.

Não bastasse, essa ausência de coordenação intersubjetiva em prol do entendimento mútuo revela que as entidades não prestam contas da aplicação dos valores estatais, conforme estipula a legislação de regência e as próprias avenças, ou quando o faz, a documentação revela-se extremamente diminuta, frágil, lacunosa, formada, em geral, apenas por registros operacionais da OS ou oscip, ratificando a cultura do sigilo e a opacidade. Ocorre que a prestação de contas serve, sobremaneira, como instrumento moralizador e de transparência no âmbito da administração pública; a apresentação das contas é, em verdade, condição *sine quo non* para garantir, no mínimo, a legalidade do benefício concedido.

E, por esse motivo, não está o controle extremo respaldado por elementos que permitam sua plena de atuação, inclusive pela já referida limitação da jurisdição

administrativa na esfera probatória, o que não lhes permite ir além dos documentos e informações trazidas no âmbito dos órgãos auditados:

O processo de controle externo não admite a produção de prova pericial, não cabendo aplicação analógica das disposições referentes à prova do processo civil, pois a Lei 8.443/1992 e o Regimento Interno do TCU dispõem, exaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis (TCU, Acórdão 2491/2016)<sup>107</sup>.

Veja-se que, conforme exposto, a atuação do Tribunal de Contas se dá em face do Ente Municipal repassador dos recursos que financia a execução das atividades das entidades do Terceiro Setor. Desta feita, em não havendo o engate dos planos de ação dos primeiros, é dificultada a fiscalização que afigure que esses vínculos são eivados de legalidade e legitimidade (esta passa necessariamente pela observância de uma indiscutível finalidade pública, com a apreciação da ação pela perspectiva da impessoalidade, finalidade e moralidade) e, muito menos, se não econômicos. Disso resulta, invariavelmente, que os verdadeiros custos relativos à execução da atividade possam ser “maquiados” por registros contábeis e financeiros não fidedignos ou lacunosos, sem conexão entre repasses e a natureza e quantia da despesa.

Desta feita, pela amostra analisada nesse capítulo, é impossível hoje – dada a ausência de dados consolidados junto à gestão e da resistência dos privados a fornecer prestações das contas de forma transparente e fidedigna – afirmar que a transferência do gerenciamento e da execução dos serviços municipais de saúde a uma OS ou oscip seja economicamente menos onerosa do que manter uma estrutura física e quadro próprio e permanente junto ao Executivo.

Dessa forma, muito menos possível é auferir os critérios que a gestão utiliza para considerar a parceria com o Terceiro Setor mais interessante/benéfica em termos de atenção ao cidadão usuário (ou sociedade como um todo) do que, como exposto, se atuasse diretamente, organizando seu quadro de pessoal, utilizando-se dos programas da União para também estruturar as unidades de saúde e hospitais

---

<sup>107</sup> Quanto à restrição dos meios probatórios junto às Cortes de Contas: “As normas que disciplinam o rito processual no TCU não preveem a oitiva de testemunhas. Verificada a ocorrência de irregularidades, a defesa do responsável é assegurada por meio de audiência, oportunidade em que devem ser apresentadas suas justificativas por escrito, no prazo fixado” (TCU, Acórdão 1418/2016). “Fotografias não são meio de prova suficiente para comprovar a regularidade da aplicação de recursos públicos transferidos, pois, no máximo, podem comprovar a existência do objeto conveniado, mas não são capazes de demonstrar, efetivamente, o nexo entre os recursos federais e as despesas efetuadas” (TCU, Acórdão 2986/2016).

municipais, à luz do texto constitucional acerca da administração pública e do SUS, aqui ao positivar uma atuação complementar da iniciativa privada.

Ora, de todo o exposto, o que se depura é que, com vistas à retórica de premência de flexibilização e modernização da atuação estatal, uma dos cenários menos desejados em termos de prestação de serviços públicos seria sustentar e legitimar – por meio de uma atuação Executiva desidiosa em termos de acompanhamento da execução dos vínculos – sob a personalidade jurídica de direito privado, os famigerados reclames que costumou-se atribuir à gestão pública: patrimonialismo e clientelismo (relações subjetivas entre administração e entidades e entres essas e terceiros privados), baixa eficiência (ou melhor, impossibilidade de auferi-la), falta de transparência, abertura à desvio de recursos, utilização de recursos públicos para fins privados ou não afetos ao objeto do vínculo, demonstrativos contábeis que não refletem a realidade, processos de gestão que convivem com riscos elevados, planejamento de execução contratual *pro forma* (ou frágeis do ponto de vista de inteligibilidade ou vinculação), inexistência de modelo de gestão de resultados: todos esses, de uma forma ou de outra, facilmente percebidos na reduzida amostra objeto dessa pesquisa.

#### **4.2 Da resposta ao problema: a construção de novos contornos discursivos aptos a coordenar os planos de ação do Executivo Municipal, do setor público não estatal e do controle externo em aderência ao nível de evolução moral de dada comunidade**

As questões levantadas até aqui registram a ingerência do terceiro setor, por meio de OS e oscips, nos serviços municipais de saúde, e que tal circunstância não representa, de pronto, um retrocesso social. Entretanto, da forma como estão se institucionalizando, conforme os trabalhos auditoriais acima apontam, em franco afastamento do regime jurídico de direito público – inclusive no que tange ao dever de prestar contas – os vínculos revelam, ao menos, retrocessos em termos de transparência, impessoalidade, controle e *accountability*<sup>108</sup>. Isso ratifica a ideia de que

---

<sup>108</sup> O termo não tem tradução direta para o português. Significa, em termos gerais, cumprir com a responsabilidade estabelecida. Reflete, assim, em termos de governo, uma ação transparente em relação à sociedade; em termos de contabilidade, é a postura relacionada à prestação de contas; em termos de *compliance*, refere-se ao cumprimento de normas e regulamentos. Do ponto de vista pessoal também é entendido como internalizar virtudes morais de proatividade e de agregar ética ao

os aspectos locucionários e ilocucionários dos contratos de gestão e dos termos de parceria não refletem uma coordenação dos planos de ação voltada ao consenso, que nesse caso, seria a busca do interesse público consignado na regular execução do objeto do vínculo.

Dessa forma, considerando que se entra na última parte da presente pesquisa, a pergunta que nesse momento faz sentido é a seguinte: como melhor coordenar ações em âmbito das escolhas públicas a) dos Entes municipais, b) das entidades do Terceiro Setor parceiras dos Entes públicos e c) do controle externo, considerando que todos os consensos são criticáveis e que existem consensos que são melhores que outros – inclusive em face dos valores eleitos como principais em determinada comunidade –, em aderência ao nível de evolução moral<sup>109</sup> que perpassa dado sistema jurídico e social? Para desenvolver a resposta a tal questionamento, confirma-se abaixo a hipótese de que os vínculos acima verificados podem ser considerados opção mais vantajosa se alinharem melhorias na coordenação da ação da esfera pública (Ente e órgão controlador) e esfera privada (Terceiro Setor: OS e oscips).

Com efeito, para Habermas (1989) quanto maior a descentralização do ego ou superação desse em uma tomada de ação, maior a evolução moral de um comportamento social, haja vista que o conceito de evolução consiste em um processo de emancipação que se aplica tanto à sociedade, às ciências duras, como à formação da personalidade individual. Assim, o Direito mantém-se igualmente aberto à evolução, ao recombinar a todo instante os diversos elementos que conformam um dado regime jurídico. Nessa toada, a interação a partir do agir

---

comportamento, em suma, de praticar direito e deveres. Já as normas de auditoria da Intosai conceituam a accountability pública como a obrigação que têm as pessoas ou entidades às quais se tenham confiado recursos, incluídas as empresas e corporações públicas, de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar a quem lhes delegou essas responsabilidades. E, ainda, como obrigação imposta, a uma pessoa ou entidade auditada de demonstrar que administrou ou controlou os recursos que lhe foram confiados em conformidade com os termos segundo os quais lhe foram entregues.

<sup>109</sup> A ética do discurso reconhece traços fundamentais de um modelo de estágios invariantes presentes no desenvolvimento moral do ser humano, de forma que, para a Teoria do Discurso, o conceito de evolução significa uma maior consciência moral. Habermas (1989), para desenvolver a sua teoria da evolução moral, faz um resgate do modelo de desenvolvimento do indivíduo de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg, transportando-o para o âmbito do desenvolvimento filogenético (da sociedade). Nesse sentido, Reck (2006, p. 253), aduz que o exame destes estágios é fundamental, já que “materialmente, está conectado com as condições de possibilidade de interlocução entre os cidadãos, e, conceitualmente, com a evolução da sociedade. Kohlberg demonstra que o desenvolvimento Moral gradativamente chega a um nível de respeito ao procedimento e de busca por princípios universalistas”.

comunicativo permite a vivência intersubjetiva de experiências, e a partir daí uma ação individual com contornos mais universais. A evolução moral revela, portanto, uma ação comunicativa orientado por esses contornos, apartada das condicionantes mais imediatas da cultura e/ou do ego. Mais especificamente:

[...] Habermas apresenta os estudos de Kohlberg, na esteira dos trabalhos de Piaget, como o programa empírico *hermenêutico-reconstrutivo* mas adequado para um trabalho em conjunto com a ética do Discurso, isto é, uma associação entre filosofia e psicologia capaz de trabalhar questões de compreensão relacionadas à evolução de estruturas de consciência, especialmente da consciência normativa, sem abandonar pretensões cognitivas (BLOTTA, 2010, p. 25).

Destarte, o nível Pós-Convencional ou Baseado em Princípios, que abarca os dois níveis mais avançados de Consciência Moral<sup>110</sup>, presume uma orientação de ação por princípios éticos universais que toda a humanidade deveria seguir, sendo que no estágio 6, o final, “As Leis ou acordos sociais particulares são, em geral, válidos porque se apoiam em tais princípios. Quando as leis violam esses princípios, a gente age de acordo com o princípio” e “Os princípios são princípios universais de justiça: a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos” (HABERMAS, 1989, p. 154).

---

<sup>110</sup> Registra-se que o primeiro nível de interação é o nível Pré-Convencional, no qual se concentram o estágio do Castigo e da Obediência (1) e o da Troca Instrumental (2). No primeiro “O direito é a obediência literal às regras e à autoridade, evitar o castigo e não fazer mal físico” (HABERMAS, 1989, p. 152), e no segundo, “O que é direito é seguir regras quando for de seu interesse imediato. O direito é agir para satisfazer os interesses e necessidades próprias e deixar que os outros façam o mesmo [...]” (HABERMAS, 1989, p. 152). Para Reck (2006, p. 253), no nível primeiro de interação não há preocupação psicológica com o outro, somente física e, no segundo, já há um incremento de reflexividade, onde o sujeito já percebe a diferença entre o interesse próprio e o alheio. No nível de interação chamado de Convencional, incorporam-se os estágios 3 e 4, das Expectativas Interpessoais e da Preservação do Sistema Social e da Consciência, respectivamente. Em 3, “o direito é desempenhar o papel de uma pessoa boa (amável), é preocupar-se com as outras pessoas e seus sentimentos” e as razões para fazer o que é direito são: “ter necessidade de ser bom a seus próprios olhos e aos olhos dos outros, importar-se com os outros, porque, se a gente se pusesse no lugar do outro, a gente iria querer um bom comportamento de si próprio” (HABERMAS, 1989, p. 153). Em 4, “o direito é fazer o seu dever na sociedade, apoiar a ordem social e manter o bem-estar da sociedade ou do grupo” (HABERMAS, 1989, p. 153). Para Reck (2006, p. 254), o nível de interação Convencional incorpora o estágio 3, no qual o motivo da ação já está na reciprocidade descompromissada, pois os atos ditos “bons” residem no fato de querer que os outros realizem atos “maus”. E o estágio 4 apresenta como novidade a consciência crescente na interação social e a necessidade de preservação de determinadas condutas. O último nível de interação é o Nível Pós-Convencional ou Baseado em Princípios, ou seja, abarca os dois níveis mais avançados de Consciência Moral, quais sejam, o estágio dos Direitos Originários e do Contrato Social (5) e o último que é o estágio de Princípios Éticos Universais. Em 5, em síntese, “o direito é sustentar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo” (HABERMAS, 1989, p. 153).

Conforme exposto, um sistema jurídico, uma sociedade e uma personalidade seriam tão mais evoluídos, quanto mais fossem capazes de conhecer e operar a partir de fontes mais universais de conhecimento e conduta, como ocorreria no estágio 6 de Princípios Éticos Universais. Daí que, ao apontar um processo de evolução social como um aperfeiçoamento dos níveis de aprendizagem individual, o sociólogo alberga os proferimentos comunicativos de uma ação voltada ao entendimento como expressão própria de uma moralidade Pós-Convencional.

Assim, antes de se refletir em termos de plano de ação para o futuro, cumpre referendar a mentalidade alinhada aos princípios éticos universais ligados à ideia de justiça, ou seja: compreender que o regime jurídico constitucional dos serviços públicos está adstrito ao pressuposto de que o que faz determinadas atividades econômicas constituírem serviços públicos é a própria obrigação que a Constituição Federal atribui ao Estado de manter a sua prestação, seja de forma direta, ou indireta (mediante a delegação da execução e fiscalização) aliada ao aos princípios e regras que lhe são próprios. Esse aparo é apto a assegurar que as atividades serão prestadas, eis que na leitura aqui pretendida “o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º da Constituição Federal” (SCHIER, 2011, p. 286).

Dito isso, reflete-se acerca das possibilidades de incremento discursivos nos planos de ação dos Entes governamentais locais. No plano da mentalidade, é premente que gestores públicos reconheçam que essa ação pública (descentralização de serviços de saúde) é complexa e exige ampla capacidade de planejamento e fiscalização, transcendendo-se uma ideia (leviana) de escolha fácil, já que essa ação, requer, em verdade, motivação técnica, financeira, operacional e jurídica, totalmente atenta as peculiaridades do local onde a prestação se dará.

Destarte, o Executivo que pretenda firmar parceria com organizações sociais e ou oscips deve se estruturar e se capacitar a fim de que seja capaz de coordenar, supervisionar, controlar e fiscalizar a execução dos contratos de gestão:

Em que pese a necessidade de fortalecer o governo nas áreas acima citadas, observou-se que os entes não se prepararam para suas novas atribuições, uma vez que apresentavam equipes reduzidas e sem a qualificação necessária para analisar profundamente as prestações de contas e os resultados alcançados (TCU, Acórdão 1303/2017).

Veja-se que os trabalhos analisados apontam que os problemas da hibridização excessiva na prestação dos serviços municipais de saúde já se revelam na opacidade presente na gestão dos vínculos, eis que a própria titulação de uma fundação ou associação como organização social deveria ocorrer mediante processo objetivo nos quais os critérios para concessão ou recusa da qualificação fossem demonstrados nos autos do processo administrativo<sup>111</sup>.

Destaca-se aqui a importância de motivação dos atos administrativos que sejam discricionários (como a qualificação de organizações sociais) para clarificação dos pressupostos de interesse público por detrás da opção da gestão. Celso de Mello aponta que em face de atos que exigem sopesamento de fatos e regras jurídicas é imprescindível que exista motivação detalhada (2010).

O processo de seleção da entidade, frisa-se, é crucial, não só porque no caso de um contrato de gestão firmado para a gerência de um hospital, por exemplo, a organização social tende a permanecer, em regra, por longo período respondendo pelas demandas locais, como também porque, se as ações de escolha são solipsistas, como ocorre na maioria das vezes, mostra-se facilitada a negociação que envolva interesses individuais, através de verdadeiras ações estratégicas. Leia-se excerto do estudo abaixo:

Questionou-se porque as entidades se qualificavam como oss. Uma das respostas obtidas foi: “as entidades são assediadas para serem oss. É interesse do governo que elas façam o gerenciamento dos hospitais”.<sup>25</sup> Esta afirmação é avigorada pelo Padre Cherubim:<sup>26</sup> “também em 2008, após numerosas investidas neste sentido por parte da Secretaria da Saúde do Estado de S. Paulo, preparei ofício a ser entregue a mesma”. Como observado, a escolha da oss não ocorre por interposição de licitação, procedimento comum à administração pública. Os pretextos que a envolvem são muito mais subjetivos do que públicos (DONADONE, 2014, p. 59).

A necessidade de ação fundamentada e transparente do parceiro público engloba, no entanto, toda a execução do vínculo, sendo inderrogável, destaca-se, quando da justificação da opção pela atuação indireta. É por esse motivo que o

---

<sup>111</sup> Em regra, quando uma oscip, cujo ato de outorga é vinculado, apresentar documentação adequada, pode candidatar-se, de pronto, a receber recursos governamentais, isso é, comprovado os requisitos legais, tornar-se-ia apta a tanto. Porém, existe posicionamento no âmbito dos órgãos de controle de que tal não seria adequado, com base na diminuta transparência dos referidos convênios. Para esses, os requisitos para a assinatura de termos de parceria são insuficientes e passíveis de aperfeiçoamento, haja vista que os documentos requeridos estariam aquém do necessário para os critérios de seleção das entidades beneficiárias. Para tanto, já foram levantadas hipóteses de que requisitos normativos mais rigorosos sejam impostos para a seleção de entidades como oscips receberem repasses públicos.

Tribunal de Contas da União tem sido enfático em reiterar a necessidade que as parcerias com o Terceiro Setor para disponibilização de profissionais de saúde sejam precedidas de estudos pelos Entes que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta (*vide* à exemplo Acórdão 352/2016-TCU-Plenário)<sup>112</sup>.

Inclusive, o Relatório de Auditoria Operacional do TCU que redundou no Acórdão nº 3239/2013-Plenário, cita artigo de Guy Peters (2008), denominado *Os dois futuros do ato de governar: processo de descentralização e recentralização no ato de governar*, o qual aponta cinco problemas que se originaram a partir redução da participação do Estado na formulação e implementação das políticas públicas:

Direção política: “A ênfase em deslocar atividades para longe do centro do governo reduziu a capacidade de autoridades eleitas exercerem controle sobre essas políticas. (...) São tantas as atividades políticas delegadas que os líderes dispõem de poucas alavancas - em geral, de baixa qualidade, com as quais possam afetar o curso de seus próprios governos”;

Coordenação: “As diversas organizações que trabalham com maior autonomia tendem a exacerbar os problemas familiares de coordenação e coerência no setor público. A proliferação de organizações, por sua vez, também contribui para as dificuldades no exercício do controle político”.

Complexidade: “O maior número de organizações envolvidas no ato de governar e a diversidade de maneiras pelas quais estão legalmente ligadas às partes mais convencionais do setor público também aumentam a complexidade do ato de governar. (...) O número crescente de pontos com direito a veto no sistema e a dificuldade de ganhar aceitação de todos esses pontos reduz as chances de sucesso”.

Captura: “Ao separar as organizações públicas das conexões diretas com as autoridades políticas, as reformas de descentralização tendem a tornar tais organizações mais vulneráveis a serem capturadas por outros interesses”.

Accountability: “Finalmente – e talvez o mais importante – as reformas no setor público criaram maiores problemas de accountability. Quando há uma série de relações alternativas entre os políticos eleitos e a prestação de serviços, e inúmeros prestadores de serviço agindo de forma autônoma, torna-se difícil identificar a responsabilidade pelas ações (TCU, Acórdão nº 3239/2013-Plenário p. 8).

Ou seja, é em face da ausência de comprovada vantagem no transpasse que muitos países estariam promovendo uma recentralização do controle nos governos. Considerando que transmutar os paradigmas reformistas poderia significar a perda de eventuais ganhos que tenham as linhas gerenciais promovido no funcionamento do setor público, a alternativa proposta estaria em “coordenar, criar uma maior

---

<sup>112</sup> Consectária com estudos acima, estão aqueles que apontam que o sistema de repasses/remuneração seja justificado de forma a restar lúcida a sua adequação ao objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento ou a combinação de diferentes métodos de repasse possui impacto direto na quantidade e qualidade dos serviços ofertados.

coerência e restaurar a prioridade política, fortalecendo o controle por um órgão central” (Acórdão 3239/2013-TCU-Plenário).

De outra banda, a retórica de participação do controle social a partir da inserção da sociedade civil (Terceiro Setor) no âmbito das prestações públicas, também se mostra não efetivada em cotejo com a realidade posta. Os Conselhos de Saúde, ainda que devam participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990, tem pouca ingerência sobre as decisões tomadas.

Tanto é assim que o TCU disponibilizou em 2015 a segunda versão da cartilha *Orientação para Conselheiros de Saúde*, com evidente caráter pedagógico, atuando como um guia prático na formação de conselheiros de saúde. Tal iniciativa teve como fonte auditoria visando apurar a realidade dos Conselhos de Saúde e seus respectivos conselheiros, em relação aos conhecimentos e deveres do exercício da sua missão, tendo sido identificada a necessidade de capacitação desses agentes, haja vista o significativo desconhecimento da população quanto ao poder que possui para mudar a situação da política de saúde. Nesse sentido, excerto do recentíssimo Acórdão 1301/2017-Plenário TCU:

[...] 14. Outra constatação naqueles autos é de que os conselhos de saúde não estavam sendo ouvidos nas decisões acerca da transferência de gerenciamento de ações e serviços de saúde (ainda que sem caráter autorizativo) e nem participando ativamente da fiscalização e controle dos contratos de gestão, violando, assim, o art. 1º, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.142/1990 (norma geral).

É inquestionável, registra-se, que prescrever uma atuação contumaz dos membros da sociedade organizada no ambiente das decisões locais de saúde pública amplia a perspectiva de escolhas mais racionais (considerando a formulação de consensos não coitados, sinceros e que atentem aos princípios do discurso de da universalidade) e legítimas (considerando à observância do interesse público) de formulação de políticas públicas para a área de saúde.

Ocorre que situação mais gravosa ocorre no momento em que a Administração Pública não conta com um sistema de controle interno que possibilite uma completa e segura avaliação dos atos de gestão, notadamente quanto aos aspectos ligados à legalidade, economicidade, eficiência, moralidade e atendimento

dos interesses públicos relativamente aos pactos com organizações sociais e oscips. Esse panorama inclusive viola as normas insculpidas nos artigos 31 e 74 da Constituição Federal, que exigem controles eficazes.

É que, ao tomarem conhecimento da ocorrência de qualquer irregularidade ou ilegalidade, devem os responsáveis pelo controle interno dar ciência da mesma ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária, ao teor do § 1º do artigo 29 da Constituição Estadual, em simetria com a disposição do § 1º do artigo 74 da CF/88. O TCERS tem sido enfático quanto à necessidade de fortalecimento dos órgãos de controle interno, atuando em prol da institucionalização dessa cultura de controladoria a partir dos trabalhos de auditoria, nos exercícios de sua função regulamentar (Resolução nº 936/2012<sup>113</sup>) e por meio de capacitações constantes. É diuturnamente indicado pela Corte Estadual que a unidade de controle interno municipal seja composta exclusivamente por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, garantindo aos mesmos a independência necessária para que não fiquem sujeitos a pressões e influências externas e, em face da gama de exigências para o desempenho das atividades da controladoria, o TCERS indica que tais servidores detenham conhecimentos, no mínimo, contábeis, jurídicos e de administração pública.

Já do ponto de vista do setor não estatal, o incremento que se mostra indicado é, inicialmente, sem sombra de dúvida, o que diz com a mentalidade de superar a cultura do sigilo. Isso porque, a entidade privada se vê em posição oposta ao Estado financiador e, assim, atua ao revés de uma cultura de transparência e de prestação de contas. Necessário, portanto, fomentar uma cultura de acesso à informação, a partir da qual entidades do Terceiro Setor consintam que a informação acerca dos repasses públicos pertence originariamente ao cidadão e que cabe ao Estado, por meio de cada um dos entes federativos, provê-la tempestiva e compreensivelmente.

Essa perspectiva vai ao encontro da necessária não obstrução da atuação do controle externo sobre as entidades que atuem em parceria com o Estado. Isso porque, ainda que sejam entidades de direito privado, à luz do código civil brasileiro, ao atuarem ao lado dos municípios para a consecução de finalidades de interesse

---

<sup>113</sup> Art. 1º A presente Resolução dispõe sobre as diretrizes que devem orientar o sistema de controle interno municipal, visando ao aperfeiçoamento da fiscalização procedida pelas unidades centrais de controle interno, em especial sobre a gestão administrativa, financeira e patrimonial do Município respectivo, nos termos do estatuído nos artigos 31 e 74 da Constituição da República. [...].

público e para tanto receberem recursos públicos, submete-se às regras de direito público e enquadram-se fundamentalmente dentre órgãos submetidos à fiscalização direta do Tribunal de Contas, nos termos próprios dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, conforme já exposto, sabe-se que prestar contas, com a devida e correta comprovação da execução dos valores repassados, é dever de todos aqueles a quem sejam confiados recursos governamentais, por força do já referendado parágrafo único do artigo 70 da CF/88. Entretanto, a opacidade – que inclusive é “benéfica” aos próprios parceiros públicos em termos de (fuga do) controle – considerando os meios restritos que os órgãos de controle externo têm de aferição de prova, adstritas aos meios documentais – não permite aferir se tais vínculos atingem a tão aclamada eficiência, e dessa forma, a esperada economicidade.

Logo, a omissão no dever de prestar contas configura ofensa não só às regras de regência, como igualmente aos princípios basilares da administração pública, já que, ao cabo, o responsável omite-se de prestar satisfação à comunidade (a quem legitimamente se atribui a titularidade do valor) sobre o efetivo e regular emprego dos recursos sob a sua gerência, dando ensejo, inclusive, em face dos Tribunais de Contas, à presunção legal de ressarcimento ao erário pela integralidade dos valores transpassados, diante da robusta evidência de não aplicação dos recursos públicos. Assim, em não sendo possível analisar as prestações de contas, decorrente da sua ausência ou da sua diminuta carga de informações, é evidente a ofensa ao princípio a economicidade, o que impede igualmente que se afigure a legitimidade do gasto.

Por tudo isso, a indicação da aderência das entidades do Terceiro Setor à construção de programas de *compliance* e de governança corporativa para fins de redução de riscos e incorporação de uma cultura ética de transparência e prestação de contas. Tais conceitos, ligados à ideia de *accountability*, são essenciais para a compreensão da prática da boa governança, envolvendo as relações que se estabelecem entre os administradores públicos, o setor privado, os demais poderes constituídos (como o Parlamento) e a sociedade.

Assim, considerando que essas são concepções relativamente recentes no Brasil, decorrente justamente da explosão de divulgação de casos de corrupção, fraudes e desvios de recursos público na relação público-privado, os programas de

*compliance*, próprios do arcabouço jurídico corporativo, podem auxiliar na transmutação da cultura de entidades do Terceiro Setor que atuam em parceria ao Estado, a partir das esferas da divulgação de informação, fundamentação de ações e sanção de condutas vedadas, visando, em suma, prevenir o abuso de poder, os desvios contratuais e, especialmente, a falta de transparência.

Nesse sentido, há vários estudos que inclusive apontam (*vide* Donadone) a crescente demanda de contratações de consultorias no que tange ao Terceiro Setor e suas parcerias com os governos. O papel do consultor na implantação de mudanças organizacionais é próprio da concepção de substituição de administração burocrática pela gerencial, em tese pautada em resultados. Assim, as instituições privadas ou híbridas passaram a procurar grandes consultorias ou mesmo por ‘projetos’ de consultorias acadêmicas<sup>114</sup>. Entretanto, há que se destacar que tais consultorias podem em verdade, ter o efeito contrário do sugerido, ao revelarem apenas subterfúgios para maquiagem relações espúrias financiadas com recursos públicos, como inclusive se viu na amostra selecionada.

Feita essa ressalva, diga-se que no sentido de estabelecer um ambiente ético de cumprimento de normas, caminhou a Lei Anticorrupção brasileira, Lei nº 12.846/2014. Acerca da matéria, a Controladoria-Geral da União (CGU) editou o guia “Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas”, com o objetivo de auxiliar o setor privado no combate à fraude e à corrupção, a partir da construção (ou aperfeiçoamento) dos instrumentos destinados à detecção e prevenção de riscos e o perfil dos mesmos, a remediação de atos lesivos à Administração Pública, bem como a estruturação de normas. Dentre os exemplos práticos de condutas a serem evitadas, o guia refere: suborno de agentes públicos nacionais ou estrangeiros, fraude em processos licitatórios e embaraço às atividades de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

Aliás, dentre as situações elencadas como especial incidência de risco à administração constam a participação em licitações e a execução de contratos administrativos. Conforme exposto, qualquer contato com agente público deve submeter-se a fiscalização, eis que a contratação “pode levar funcionários ou terceiros a oferecer vantagens indevidas, ou ceder a solicitações, com o intuito de influenciar o resultado da fiscalização”. Acerca da contratação de agentes públicos:

---

<sup>114</sup> Ver mais em: A apropriação e recontextualização de práticas organizacionais (<[http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590\\_S1676-56482002000100016.pdf](http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S1676-56482002000100016.pdf)>).

“Ao contratar agentes públicos, a empresa deve ter especial diligência para verificar se a escolha foi feita em razão do acúmulo de conhecimento do agente público e com o intuito de prover aconselhamento técnico às decisões da empresa” (CGU, 2015).

Lançadas as perspectivas acima que dizem com o ambiente dos parceiros público e privado, é premente a reflexão que se faz com o auxílio de Reck (2017, inédito). Isso pois, em face de todas as inconsistências apontadas nessas parcerias, ainda que ator privado tivesse ao seu alcance a discricionariedade de agir com a flexibilidade que lhe julga facultada, já haveria aí uma restrição a sua ação, concebida por meio do princípio da moralidade.

Isso é, a moralidade administrativa está presente no artigo 37 da Constituição Federal, enunciado enquanto princípio. Ocorre que, ao contrário do princípio da legalidade e da publicidade, que podem ser vistos como programas, o princípio da moralidade parece ser mais uma unidade operativa que um programa jurídico. Isso quer dizer que o princípio da moralidade não tem um conteúdo próprio mas sim cumpre a importante função, para o sistema jurídico, de unir diversas normas que já existem a partir de uma perspectiva específica –a saber, a da coisa certa a se fazer.

Assim, se alguém tem dúvidas quanto à possibilidade de contratar parentes para trabalhar na Administração Pública ou na gestão de uma entidade que perceba e sobreviva de recursos governamentais, usa-se uma regra que já existe (a da não discriminação ou a vedação ao nepotismo) e se coloca ela a partir da perspectiva moralista; ademais, se há dúvidas se um servidor que trabalha em um tribunal pode advogar, coloca-se a questão na perspectiva na captação indevida de clientes e tráfico de influência. Enfim, a regra da moralidade opera conectando diferentes regras (RECK, 2017).

Por fim, refletindo-se em termos de incremento dos planos de ação em âmbito de controle externo, cumpre, de início uma intelecção acerca do famigerado controle finalístico. Isso porque é certo que os órgãos de controle estão atentos ao fato de que um dos principais objetivos em âmbito de análise de políticas públicas é o aumento do grau de respostas positivas dessas às demandas sociais. Também, é inquestionável que o estímulo à inovação das práticas públicas é incentivado pelos Tribunais de Contas. Entretanto, cabe ter cuidado com a supervalorização que, inclusive por meio da edição do Marco Normativo das Organizações Sociais, incide acerca do controle de finalístico – eis que ausente um consenso comunicativo, seja

dos órgãos de controle, seja da doutrina ou jurisprudência administrativista, acerca dos contornos e limites a serem dados a este signo.

Ainda que aqui não se esteja a falar do Sistema S, como já afirmado, a decisão abaixo proferida pelo Pretório Excelso no julgamento do RE 789.874-DF, em 19/09/2014, pode trazer algum paradoxo que merece reflexão. De pronto, sinaliza-se que seus fundamentos não incidem nos casos que essa pesquisa engloba. Veja-se o que decidiu o STF:

“Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, **sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico**, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008.”

Para Mânica (2013, p. 15), o controle finalístico seria a “essência da fiscalização a ser exercida pelos Tribunais de Contas no que toca às parcerias da Administração Pública” (aqui o Autor refere-se especificamente às organizações sociais e não às OSS). Sustenta que as Cortes administrativas, em decorrência da prestação de contas disponibilizada pelo poder público parceiro, analisam quais metas foram pactuadas no contrato de gestão, quais as responsabilidades e encargos das partes e, assim quais os resultados práticos alcançados por meio da parceria. Essa, para parte da doutrina, seria o controle dos TCs, por excelência, ou seja:

O controle não é financeiro: é controle de eficiência, de cumprimento de metas, de economicidade, de resultados. Para tanto, a Corte de Contas pode, inclusive, exigir relatórios mensais de gestão ao Poder Público, de sorte a acompanhar o atingimento de metas por parte da Organização Social. É essa a conclusão a que chegou Rodrigo Pagani de Souza em sua tese de doutoramento: A necessidade de ênfase no controle de resultados existe por, ao menos, três razões: primeiro, de pouco adianta o controle de procedimentos se os resultados previstos não forem alcançados; segundo, ainda não se deu ao controle de resultados, na legislação brasileira, uma justa tentativa para que se possa vulgarizar a sua adoção para todo e qualquer vínculo de colaboração entre Estado e entidades do terceiro setor; finalmente, o controle do Estado precisa de foco, sob pena de esvair-se em exigências burocráticas (MÂNICA, 2013, p. 16).

Como se vê, há franco posicionamento do Autor em prol do que se atribui ser um “controle finalístico” e para que este se torne um cânone de atuação por parte dos Tribunais de Contas. Tal circunstância afastaria, portanto, a legitimidade de uma ação fiscalizatória sobre os termos contratuais, os instrumentos de seleção das entidades parceiras, a admissão de pessoal, a aquisição de bens e serviços para a execução do vínculo com terceiros, bem como outros atos dos administradores responsáveis. Em suma, a atuação estaria restrita ao controle de resultados.

Ousa-se discordar desse posicionamento. Na linha do proferido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 8837/2017,<sup>115</sup>, com sessão em 19/9/2017, a noção de controle finalístico passível de ser associada à atuação do controle externo exercido pelo TCU, seja sobre o Sistema S, seja sobre qualquer outro órgão ou entidade que opere sob financiamento público, jamais pode ser entendida como aquele “controle cotejo”, meramente superficial.

Isso porque, essa noção de controle finalístico compreende primeiramente a ideia de controle sobre a aplicação dos recursos no exato cumprimento das finalidades institucionais, o que passa evidentemente pelo exame dos resultados alcançados em confronto com os resultados planejados. Entretanto, isso se dá sem qualquer embargo a uma inspeção sobre o modo pelo qual os objetos foram intersubjetivamente consentidos e sobre a forma como alcançados os fins da avença. Destarte, em aderência ao Voto do Ministro do TCU Benjamin Zymler, no Acórdão 8837/2017-TCU-1ª Câmara, entende-se nessa pesquisa o seguinte:

Portanto, o Tribunal, salvo por imposição explícita do Supremo Tribunal Federal, não tem autorização da Constituição para deixar de examinar a legalidade, legitimidade e economicidade na aplicação de recursos públicos para ater-se a uma ação de controle superficial de escassa utilidade e, por isso, potencialmente antieconômica, baseada numa presumida autoevidente concepção de “controle finalístico” que intencione afastá-lo de qualquer fiscalização de licitações, contratos e atos de gestão dos administradores dos serviços sociais autônomos (TCU, 2017, p. 30 grifou-se).

---

<sup>115</sup> TC 025.898/2014-0. Natureza: Recurso de Reconsideração (Prestação de Contas - Exercício: 2013). Entidade: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional. Trata-se de recurso de reconsideração interposto conjuntamente pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) em desfavor do Acórdão 2.964/2016 - 1ª Câmara. Por meio dessa deliberação, ao apreciar a prestação de contas anual do Departamento Nacional do Senai, o Tribunal determinou à entidade do Sistema S que, no prazo de 120 dias, adotasse providências para o ressarcimento dos valores gastos em quatro eventos (R\$ 190.000,00), instaurando a tomada de contas especial correspondente, caso não obtivesse êxito

Em suma, o controle da aplicação de recursos municipais por meio de contratos de gestão e termos de parceria, deve, em verdade, englobar a verificação dos resultados. O que, destaca-se, não exclui a análise dos procedimentos empregados para a execução contratual, que deve ser tão flexível quanto o permitido pelas circunstâncias, sem prejuízo de possibilitar a análise da observância dos princípios sob os quais foi firmado o contrato - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade.

No tocante à configuração de uma terceirização ilícita, reitera-se já afirmado alhures, no sentido de que, antes de o discurso de aplicação do corpo técnico apontar essa configuração, o indicado é uma robusta demonstração documental do desvirtuamento do contrato em uma a mera intermediação de mão de obra, com manifesta subordinação, o que de pronto, exclui do âmbito da ilicitude os cargos de digam com atividade-meio. Isso se alinha à ideia de Günther (2011) no sentido de que é preciso o esgotamento das possibilidades de significado:

O esgotamento das possibilidades de significado se situa, nesse caso, de novo sob a pergunta-guia: 'Por que estes dados e não outros?', isto é, também no caso de contestarmos uma afirmação de relevância com o argumento de que o sinal característico da descrição situacional não se enquadra, ou se enquadra de outra maneira, no termo da norma, deveremos recorrer à descrição situacional ampliada". (GÜNTHER, 2011, p. 222).

A doutrina, ainda aquela mais tendente à flexibilização do controle no tocante aos referidos vínculos, também pondera que muitas parcerias na saúde acabam por configurar mera interposição de mão de obra:

[...] o que implica não apenas a necessidade de cômputo de referidos gastos para o cálculo dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, mas também a atuação do Ministério Público do Trabalho ante a ilegalidade perpetrada. Além disso, nos casos de fomento estatal a atividades privadas de saúde – o que ocorre nos casos de termos de parceria e de convênios – não restam dúvidas de que os gastos com pessoal contratado, desde que não configure mera interposição de mão de obra, não sofrem incidência da limitação prevista pelo artigo 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Afinal, trata-se de atividade privada incentivada, o que não se subsume à hipótese do artigo em referência (MÂNICA, 2011, p. 159).

Também, *a priori*, a auditoria deveria levar em consideração o âmbito da licitude para a execução por terceiros de atividades da própria Administração,

que em razão de contingências locais, não possam ser absorvidas pelo pessoal do quadro permanente (complementariedade admitida constitucionalmente e pelo art. 24 da Lei 8.080/90) – não se olvidando, para tanto da vedação de transferência integral dos serviços públicos de saúde, a ser auferido no caso concreto, a partir de uma aplicação imparcial e de uma descrição completa da situação evidenciada e das possibilidades concorrentes de significados.

Destarte, a verificação *in loco* não pode prescindir da verificação qualitativa e quantitativa dos profissionais que foram terceirizados (mediante distinção de atividade fim e meio), de forma a se factível demonstrar que, na verdade, não existe a complementariedade que deveria ser observada (art. 199, § 1º, da CF/88) ou que a mesma é elevada, diante da situação fática vivenciada no município. Dito de outra forma, nesses casos, seria indicado que os trabalhos auditoriais consignassem especificamente os cargos e a natureza dos serviços de saúde que transcendem à complementariedade admitida, bem como indicassem em quais casos existe uma substituição de servidores efetivos (mormente quando existentes diferentes complexidades dos serviços prestados).

No que tange especificamente ao cômputo dos gastos de pessoal dos repasses feitos por Entes municipais ao Terceiro Setor que gerencie serviços públicos de saúde relativos à Atenção Básica em saúde (como ESF, ACS, ACE, dentre outros programas aqui referidos), para fins de enquadramento nos limites trazidos pela LRF, diga-se que não descuidando da autonomia que cada Tribunal de Contas possui, aliado com a não vinculatividade positiva das Cortes Estaduais em face do TCU, parece indicado que o referido ponto tivesse uma orientação una em todos os âmbitos de jurisdição dos Tribunais de Contas. Isso evitaria posicionamentos diversos em cada estado-membro e permitiria maior segurança jurídica em relação aos vínculos e ao exercício do controle externo.

Por fim, entende-se aqui que a atuação dos Tribunais de Contas em face do Terceiro Setor, quando este opera por meio de repasses de recursos estatais, quaisquer que sejam estas entidades não governamentais, deve não apenas ser admitida (à luz do texto constitucional) como, especialmente, encorajada.

O exercício pleno do controle externo, inclusive, revela-se como exigência para a evolução do estágio moral da comunidade – valendo-se de Habermas e Kohlberg, eis que “Kohlberg adotou esse reconhecimento na sua caracterização do estágio 6, colocando ao lado dos princípios universalistas uma ‘atitude de

amparo humano universal” além de as condições procedimentais dependerem de “um conceito geral de ‘confiança na comunidade’” (GÜNTHER, 2011, p. 129). Isso se diz pois a sociedade brasileira – a qual, distante ainda de atuar pautada em princípios universais e incorporar uma visão sistêmica de justiça e de confiança nas instituições constituídas, encontra-se (a partir de uma construção hipotética aqui lançada) identificada com o nível 4 de evolução (ao reconhecer a legitimidade de bons argumentos para alcançar a coesão social) e/ou nível 5 (no qual já é possível identificar que na Constituição Federal existem direitos que eventualmente colidirão com meus interesses ou do meu grupo, de modo que eu possa aceitar tal ocorrência).

Em suma, ofertadas propostas em termos de incremento de planos de ação no intento de iluminar o problema dessa pesquisa, repisa-se o discurso do controle, porque sobre ele residem consensos mais livres: “Melhores resultados a maiores custos e com recursos amplamente disponíveis, o setor público também é capaz de obter”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou aliar filosofia da linguagem e prática administrativista, para demonstrar que as categorias e instrumentos da racionalidade comunicativa permitem uma visão peculiar e mais complexa acerca do tema das parcerias entre municípios e o Terceiro Setor no campo da saúde pública. A partir de Habermas, portanto, e da noção o Direito como criação argumentativa e da cisão operada junto com Klaus Günther entre discursos de fundamentação e de aplicação, a matriz teórica eleita permitiu que se apreendessem conceitos fundamentais para uso no tema formulado.

As análises aqui procedidas partiram do estudo da administração pública brasileira, desde a sua gênese republicana até a contemporaneidade, que opera sob os efeitos da reforma administrativa de cunho gerencial da segunda metade da década de 90. A isso somaram-se as reflexões desse momento histórico como um fenômeno discursivo, sobre o qual se revelaram reduções da realidade por meio de ideologias, neutralizando em âmbito interno os estereótipos de uma administração entendida como burocrática e ineficiente.

Em face desse cenário reformador, o Terceiro Setor – compreendido como um conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por entidades privadas não governamentais, em geral associações em fundações (pois não perseguem lucro), realizadas em prol de alguma atividade de interesse público, independentemente do Estado e do mercado, embora com eles possam firmar parcerias e receber valores – ganhou ênfase, de sorte que a transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde para organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público configura hoje uma realidade intransponível no Brasil. Situação que foi, inclusive, referendada por meio da interpretação constitucional conferida à Lei nº 9.637/1999, no julgamento da ADIn nº 1.923, na qual o STF posicionou-se pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Estado, ao que atribui a natureza convenial.

Conforme se apontou, o panorama acima teve de se assentar com a então recente edição da Constituição Federal de 1988. Esta, em profunda distinção dos textos constitucionais anteriores, pretendeu a transmutação da realidade social brasileira, impondo que a saúde é direito de todos a ser garantido pelo Estado, através de políticas econômicas e sociais. É dessa leitura que se demonstrou a

impossibilidade de se ratificar no Brasil um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado; pelo contrário, ressaltou-se que a CF/88 impõe deveres jurídicos prescritivos ao Poder Público, de erradicação da pobreza, redução de desigualdades sociais e, sobretudo, para os fins que importam aqui, de sistematização de um Sistema Único de Saúde de caráter universal, visando garantir o acesso de todos os cidadãos ao usufruto do direito à saúde.

Analizou-se que a abertura democrática, seguida da edição constitucional que institucionalizou o SUS e das produções legislativas que a seguiram visando dar operatividade a este, ocorreram em um ambiente que pretendia a alternância na concepção de Estado como executor de políticas públicas e que visava uma forte restrição de gastos com pessoal, dada as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF (normatização alinhada com os ideais da reforma administrativa).

Sustentou-se, ademais, que os serviços públicos, além de serem os mecanismos mais efetivos de garantia de direitos fundamentais pelo Estado, devem ser vistos como a expressão dos valores adotados pela comunidade pela via constitucional, não sendo possível apartá-los, portanto, dos objetivos já eleitos pelo legislador constitucional – que em nossa ordem jurídica estão assentados na primazia do interesse público. Nesse sentido a ênfase ao pressuposto de que o regime jurídico administrativo atribui critérios de justiça em âmbito de serviços públicos e constitui expressão do Direito posto, permitindo melhor coordenação dos planos de ação de Estado e privados que sejam seus parceiros.

Com efeito, a pesquisa foi delimitada no campo dos serviços públicos municipais, haja vista as atribuições próprias que competem a tais Entes em face do SUS. Viu-se, desta feita, que sobre esses Entes pesa hoje a maior gama do ônus fiscal acerca da garantia do direito à saúde, aliada aos problemas de gerência e execução das políticas públicas afetas, que vão desde a ausência de médicos, infraestrutura diminuta até à intensa judicialização. Ponderou-se que esse ambiente favoreceu a utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde por parte dos gestores e, dessa forma, o fortalecimento das entidades do chamado Terceiro Setor em áreas como a prestação de saúde pública, o que necessariamente traz à discussão a esfera de complementariedade dessa atuação que há que ser limitada à luz do art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

É por esse motivo que a pesquisa sustentou que tais parcerias não podem afastar-se do âmbito da fiscalização dos Tribunais de Contas – os quais possuem autonomia e independência de atuação sobre os entes governamentais, exercendo suas atribuições fiscalizatórias com amparo em competências constitucionais próprias, exclusivas e indelegáveis – já que, através do contrato de gestão, ao teor da Lei 9.637/1998, poderão ser repassados à organização social, além de recursos orçamentários, também bens públicos e servidores. Esse contexto ratifica o fato de que os transpasses de atividades na área da saúde pública municipal que importem nessas prerrogativas, inserem-se, de pronto, na incidência do art. 70, parágrafo único, e artigo 71, inciso II, da CF/88. O mesmo ocorre em relação aos termos de parceria com oscips.

Essa incidência é destacada na atualidade, registrou-se, dado o atual contexto de precariedade do controle exercido pelos órgãos primeiramente responsáveis para tanto (parceiros públicos), do insignificante controle social sobre tais vínculos, além dos os inúmeros casos de fraudes e malversação do dinheiro público que são detectados. É por isso que não se corroborou no estudo uma visão de controle finalístico atribuído aos Tribunais de Contas, haja vista que o controle externo, em verdade deve englobar a verificação dos resultados advindos das parcerias, o que não exclui, em nenhuma hipótese, a análise dos procedimentos empregados para a formação do instrumento e para a execução contratual. Esta, como se viu, deve ser tão flexível quanto for permitido pelas legislações de regência, sem prejuízo da verificação de observância dos princípios sob os quais foi firmado o contrato – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade.

A pesquisa teve como recorte cinco trabalhos de auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Procurou, por meio de uma análise livre, analisar os discursos de aplicação dos auditores e, nos expedientes em que fora possível, os discursos de aplicação dos Conselheiros julgadores. Essa verificação concedeu fôlego para a confirmação da hipótese aventada no sentido da possibilidade de melhor coordenação das partes envolvidas nesse cenário (controle, Ente público e entidades privadas) a partir das propostas ofertadas. Desta feita, as propostas de incrementos nos planos de ação passaram por considerações que envolvem primeiramente o setor público – e a sua inarredável responsabilidade pela escolha fundamentada de seus parceiros, com plena observância à legislação, aliada ao seu papel de fiscal da fiel execução dos repasses feitos a

OS e oscips e dos resultados daí advindos quanto à materialidade dos serviços públicos prestados.

Sugeriram-se, igualmente, propostas de ação para as entidades privadas, cuja cultura do sigilo e de diminuta prestação de contas necessita se adequar a um novo contexto que se apresenta em âmbito de contratações públicas, afeto às práticas de *compliance*, integridade, transparência e ética das operações.

Relativamente ao controle externo, apesar das limitações que este encontra em face da opacidade das informações com as quais pode manejar (e da impossibilidade de atuar em todas as frentes relevantes em um país de dimensões continentais), sugeriu-se uma análise criteriosa pelas Cortes dos aspectos que envolvem as parcerias, evitando generalizações acerca de eventuais terceirizações vedadas e do cômputo irrestrito de gastos com pessoal para fins de observância da LRF, distanciando-se, ademais, de um controle eminentemente finalístico, que deixe de considerar, por exemplo, a constituição das entidades que funcionem mediante financiamento governamental, o ato de sua qualificação e a forma como se operou o transpasse, além da própria execução do serviço público.

Com efeito, o estudo procurou cumprir os objetivos pretendidos eis que contextualizou a narrativa das concepções da reforma administrativa do final da década de 90 e identificou os instrumentos de gestão pública daí decorrentes que hoje orientam a prestação dos serviços públicos sociais no Brasil. Também, analisou como a matriz da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas permite a eleição de categorias que tornam complexa e livre de coação a análise dos vínculos jurídicos entre Estado e Terceiro Setor e dos discursos que fundamentam a atuação do controle externo em face de privados parceiros do Poder Público.

Ademais, identificou os discursos de aplicação do TCERS, por meio do seu corpo de auditores e Conselheiros e analisou criticamente os termos de parceria e os contratos de gestão, apontando de que forma a insuficiência discursiva reflete na dificuldade de detecção de vantajosidade desses vínculos sob os aspectos de legitimidade e economicidade, haja vista a restrição dos instrumentos que estão à disposição do controle externo. Destarte, conforme exposto, procurou responder à pergunta trazida na parte introdutória, no sentido de indicar caminhos que pudessem amparar a coordenação dos planos de ação dos envolvidos (municípios, controle externo e Terceiro Setor).

O que se pretendeu expor é que o regime publicista é resguardo de que, por exemplo, a prestação de serviços públicos estará amparada em princípios atentos à redução de iniquidades sociais e em âmbito de gestão, atenta aos ideais da impessoalidade de quem trata com o Estado, da moralidade e probidade das ações governamentais, e da prestação de contas de quem gere, administre ou guarde recursos públicos. Isso porque, considerando uma visão sistêmica de justiça, que englobe tanto o âmbito dos destinatários do serviço público, como também de quem os presta, deve-se partir do pressuposto de que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, devam ser levados em conta para decidir o que é uma prática eficiente e vantajosa em termos de ação estatal.

Assim, defendeu-se uma atuação material do Estado na concreção dos seus objetivos fundamentais. Isso se diz refletindo-se sobre o fato de que as experiências acumuladas ao longo da identificação do Brasil como uma república federativa revelam padrões de análise que evidenciam que direitos sociais tendem a não ser assegurados pelo Estado sob um regime jurídico unicamente privatista, como não o foram antes da instituição do Sistema Único de Saúde, por exemplo, no que se refere a este direito fundamental. A opção pela prestação pública ou privada dos serviços de saúde pública de competência municipal, depende das contingências sociais, históricas, orçamentárias, estruturais, econômicas e, notadamente, do serviço de saúde em questão. É com base nesses subsídios que uma escolha nesse sentido poderia ser considerada adequada e, claro, desde que disponíveis critérios que pudessem respaldar essa aferição.

Em suma, o cenário é desafiador: perpassa a realização de direitos fundamentais, as limitações de reserva orçamentária, a posição institucional dos órgãos de controle, as reduções da realidade a partir de visões ideológicas, a divisão de financiamento e competência do SUS, dentre muitos outros pontos. Entretanto, o que deve pautar a ação pública enquanto orientada à busca dos melhores consensos, sempre é a aglutinação de esforços para superação das vicissitudes expostas nessa pesquisa no sentido de que sejam enfrentadas de forma propositiva e resolutiva.

É inquestionável que certezas absolutas e consensos não criticáveis são impossíveis em uma sociedade democrática, que pode modificar seu sistema de direitos (e seus consensos, portanto) a qualquer tempo. A saída, destarte, sempre será o afastamento de uma reflexão mais imediata em prol de uma reflexão mais universal,

atenta ao interesse público e ao fato de a Constituição Federal trazer juízos prescritivos de atuação material do Estado em prol da justiça social.

## REFERÊNCIAS

ACP. Ataque aos Cofres Públicos. *Ministério Público pede que TCU investigue OS no DF*. 2016. Disponível em: <[www.ataqueaoscofrespublicos.com/noticias/ministerio-publico-pede-que-tcu-investigue-os-no-df/](http://www.ataqueaoscofrespublicos.com/noticias/ministerio-publico-pede-que-tcu-investigue-os-no-df/)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

AGENDA CAPITAL. *Parecer do TCDF indica que a contratação de Organizações Sociais pelo GDF, entra no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2016. Disponível em: <[agendacapital.com.br/parecer-do-tcdf-indica-que-contratacao-de-organizacoes-sociais-pelo-gdf-entra-no-computo-da-lei-de-responsabilidade-fiscal/](http://agendacapital.com.br/parecer-do-tcdf-indica-que-contratacao-de-organizacoes-sociais-pelo-gdf-entra-no-computo-da-lei-de-responsabilidade-fiscal/)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ALCEU, Maurício Jr. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALMEIDA, A. E.; RECK, J. R. *Direito & Ação Comunicativa: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito*. Porto Alegre: HS, 2013.

ALTA COMPLEXIDADE. *Política & Saúde*. Exclusivo: Especial sobre Organizações Sociais na Saúde. [s/d]. Disponível em: <[altacomplexidade.org/exclusivo-especial-sobre-organizacoes-sociais-na-saude-2/](http://altacomplexidade.org/exclusivo-especial-sobre-organizacoes-sociais-na-saude-2/)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 15, p. 13-38, 2008.

BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R. *Teoria do Direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo: 2014.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R.; O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, M. M. M.; LEAL, M. C. H. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015, p. 24-60.

BLOTTA, Vítor Souza Lima. *Habermas e o Direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartir Latin, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *A Gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2015

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *A atenção Primária e as Redes de Atenção à Saúde*. Brasília: CONASS, 2015.

\_\_\_\_\_. Controladoria Geral da União- CGU. *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*. [s/d]. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 01/11/2017

\_\_\_\_\_. *Lei 9.637 de 23 de março de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Publicado no DOU de 18.5.1998.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.790 de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Publicado no DOU de 24.3.1999.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846/2014*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. *A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). *Série Pensando o Direito Nº 16/2009*. Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor Convocação 02/2008 Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/iniciativas/mrosc/estudos-e-pesquisas/2009-sal>. Acesso em: 20/08/2017

\_\_\_\_\_. *Portal Mais Médicos*. [s/d]. Disponível em: <http://maismedicos.gov.br/porta-de-entrada-do-sus>. Acesso em 20/07/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Decisão 592/1998*– Plenário. Sessão em: 02/09/1998. Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC\\_DC05926398P.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC05926398P.pdf). Acesso em: 10/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3931/2012* – 2ª Câmara. Sessão em Sessão: 5/6/2012 – Ordinária. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=396366>. Acesso em 01/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 352/2016* – Plenário. Sessão em 24/02/2016. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31363038373231&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO>

-  
COMPLE-

TO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>.

Acesso em 10/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3239/2013* – Plenário. Sessão em: 27/11/2013 – Ordinária. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 10/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1301/2017* – Plenário. Sessão em: 07/02/2017. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2246148/DTRELEVANCIA%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2246148/DTRELEVANCIA%20desc/false/1)>. Acesso em: 12/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 8837/2017* – 1ª Câmara. Sessão em: 19/9/2017 – Ordinária. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=6216&p2=2012&p3=9>> . Acesso em 12/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso de Embargos nº 5868-0200/09-8*. Decisão nº TP-0607/2011. Sessão em: 20/07/2011. Disponível em:

<[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=58680200098](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=58680200098)>. Acesso em: 15/10/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo de Contas de Gestão nº 813-0200/15-3*. Disponível em:

<[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=8130200153](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=8130200153)>. Acesso em: 15/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Inspeção Especial 11682-0200/13-4*. Decisão n. 1C-0239/2016 Disponível em:

<[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=116820200134](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=116820200134)>. Acesso em: 15/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo de Contas de Gestão nº 1787-0200/14-8*. Decisão n. 1C-0589/2017. Disponível em:

<[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=17870200148](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=17870200148)>. Acesso em: 15/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo de Contas de Gestão nº 8047-0200/12-8*. Decisão TP-0496/2017. Disponível

<[em:http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=80470200128](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=80470200128)>. Acesso em: 15/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso de Embargos nº 2673-0200/13-6. Decisão n. TP-0288/2016. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=26730200136](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=26730200136)>. Acesso em: 15/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Tomada de Contas Especial nº 10767-0200/15-1*. Decisão n. 2E-0009/2017. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=107670200151](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=107670200151)>. Acesso em: 15/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo de Contas de Gestão nº 973-0200/13-6*. Decisão n. 2C-0419/2015. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=9730200136](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=9730200136)>. Acesso em: 15/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Parecer da Auditoria nº 29/2007* Data do Ato: 19/12/2007. Relator: Heloisa Tripoli Goulart Piccinini. Processo: 2624-02.00/05-9. Sessão Plenária de 19/12/2007. Disponível em: <[https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4\\_CD\\_LEGISLACAO:34028](https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4_CD_LEGISLACAO:34028)>. Acesso em 01/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Parecer da Auditoria Coletivo 01/2013*. Data do Ato: 11/03/2013. Relator: Alexandre Mariotti. Processo 1927-02.00/11-9. Sessão Plenária de 11/03/2013. Disponível em: <[https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4\\_CD\\_LEGISLACAO:495868](https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4_CD_LEGISLACAO:495868)>. Acesso em 01/10/2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Inspeção - Especial nº 8321-0200/15-7*. Decisão n. 2C-03702016. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos\\_detalhes?p\\_processo=83210200157](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=83210200157)>. Acesso em: 15/10/2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Comissão temporária destinada a propor soluções ao financiamento do sistema de saúde do Brasil – CTS*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=1587>>. Acesso em 05/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923* Distrito Federal, em 16/04/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em 15/10/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 789.874-DF*. Sessão em 17/09/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7273390>>. Acesso em 15/10/2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In PINHEIRO, P. S.; SACHAS, I.; WILHEIM, J (Orgs.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia das Letras, 2001, 222-259.

\_\_\_\_\_. GRAU, N. C. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal In BRESSER-PEREIRA, L. C.; GRAU, N. C. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, 15-48.

BRITO, Mariano R. Relaciones entre subsidiariedad y división de la competencia administrativa según los principios que determinan ambas categorías. In BACCELLAR FILHO, R. F.; SILVA, G. A. P. (Coords.). *Direito Administrativo e integração regional: Anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 57-66.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição brasileira. CLÉVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Orgs.). In: *Direito constitucional: organização dos poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-50. v. 4.

SILVA, Vanessa Costa e. *Terceiro setor e parcerias na saúde: Organizações Sociais como possibilidades e limites na gerencia da Estratégia Saúde da Família*. (Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Ciências na área da Saúde Pública). Ministério da Saúde. Fiocruz, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORAZZA, A. H. S.; ERTEL, R. de M. O cumprimento da Lei de Acesso à Informação pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que recebem recursos públicos: um estudo de caso a partir do município de Porto Alegre a fim de exercer o controle social. In: NARDI, N. L.; NARDI, M. P.; NARDI, V. P. (Orgs.). *Direito acontecendo*. São Paulo: Ledriprint, 2017, [s/p]. v. x.

DONADONE, Julio Cesar. A saúde pública intermediada por organizações sociais: arranjos e configurações nas últimas duas décadas no Brasil. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, México, n. 59, p. 69-98, 2014.

EINSEBERG, José. *A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. *Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)*. [s/d]. Disponível em: <[www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp](http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp)>. Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)*. [s/d]. Disponível em: <[www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps](http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, a. 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FONTOURA, Leandro Heitich. *A influência de atores não estatais na formulação da lei das OSCIPS no Rio Grande do Sul: um estudo a partir da teoria das redes de políticas públicas*. 2010. 180f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. 2009. 396 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado – Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, 2009.

GABARDO, E.; REIS, L. E. O terceiro setor e a sustentabilidade do meio ambiente sob a luz da Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*, Juiz de Fora, v. 1, p. 167-194, 2011.

GABARDO, E.; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *La teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Madrid: Cátedra Teorema, 2001.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia. entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia. entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teoria da racionalidade e Teoria da Linguagem*. Obras selecionadas. Lisboa: Edições 70, 2010. v. 2.

HACHEM, Daniel Wunder *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 420 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, 2011.

\_\_\_\_\_. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito Público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013

\_\_\_\_\_. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on Taxes*. Nova York: W. M. Norton, 1999

IOCKEN, Sabrina Nunes. Em busca de legitimidade da judicatura de contas – o modelo constitucional. In: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). *Tribunais de Contas: temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.197-214.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Texto para discussão*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

JACOBINA, André Teixeira. A relação do Cebes com o PCB na emergência do movimento sanitário. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 40, p. 148-162, 2016.

LEAL, R. G.; FONTANA, E. Considerações acerca de uma maior eficiência na realização dos serviços públicos na administração pública brasileira pós-reforma: relação qualitativa entre Estado e Sociedade no que tange a teoria habermasiana acerca da participação social na prestação do serviço público no Brasil. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M. M. M.; HERMANY, R. (Orgs.). *Espaço Local, Cidadania e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. v. II.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? esgotamento de um modelo institucional. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 50-69, mar./jun. 2008

MAIA, Carolina Souza Mariz. Termos de Parceria entre OSCIP e Municípios paulistas na área da saúde pública: uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, a. 4. V. 24, p. 99-126, mai./jun. 2016.

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

\_\_\_\_\_. Parcerias no setor da saúde. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*. Abril de 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>>. Acesso em 10/09/2017

\_\_\_\_\_; MENEGAT, F. A natureza jurídica do controle de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos-RPC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 125-170, mar./ ago. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Eugênio Vilaça. *O cuidado das condições crônicas na atenção primária à saúde: o imperativo da consolidação da estratégia da saúde da família*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2012

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *História da reforma sanitária brasileira e do Sistema Único de Saúde: mudanças, continuidades e a agenda atual*. *Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 77-92, jan./mar. 2014.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. A saúde pública e o seu financiamento. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 202-209, jul./set. 1995.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e Burocrática: Impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES, Antônio José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 54, p. 9-18, jul. 2007.

O GLOBO. *Ministério Público pede ao TCU para investigar organização social de saúde no Distrito Federal*. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministerio-publico-pede-ao-tcu-para-investigar-organizacao-social-de-saude-no-distrito-federal-19794783>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

OLIVEIRA, G. J.; FERREIRA, C. F. *Terceiro setor e governo Temer: quais os rumos do Terceiro Setor em um cenário de instabilidade política e de combate à corrupção?* [s/d]. Disponível em: <<http://www.justinodeoliveira.com.br/#!/artigos>>. Acesso em 01/08/2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Terceiro setor e o direito administrativo. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/33/edicao-1/terceiro-setor-e-o-direito-administrativo>>. Acesso em 30/09/2017

PINTO; É. G; FLEURY, S. Custeio do direito à saúde: em busca da mesma proteção constitucional pelo direito à educação. *RDisan*, São Paulo. v. 12, n. 3, p. 54-80, mar./jun. 2012.

PINTO, Élide Graziane. *Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira*. [s/d]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude>>. Acesso em: 30/04/2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 2013. 270f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

POA. Prefeitura de Porto Alegre. *Balanço das finanças públicas*. 2015. Disponível em: <[pro-web.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu\\_doc/financas2015.pdf](http://pro-web.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu_doc/financas2015.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2017.

RECK, Janriê Rodrigues. *Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: O uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 320 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

\_\_\_\_\_. *Observação Pragmático-Sistêmica do conceito de serviço público*. 2009. 319f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

RECK, Janriê Rodrigues. *O resgate do Direito Administrativo: a extensão das obrigações de moralidade administrativa ao Direito Privado*. [S.l.: s.n.]. No prelo.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social*. Palestra apresentada no I Congresso da rede docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo, no painel “Serviços públicos e atividade econômica como meios de desenvolvimento” na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalisção: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

SOUZA, Celina. Modernização do Estado e construção de capacidades burocráticas para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017.

SOUZA NETO; C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum: 2016

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. In: CLÉVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Orgs.). *Direito constitucional: organização dos poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-34. v. 4.

TCU. Tribunal de Contas da União. *Museu do Tribunal de Contas da União*: Min. Iberê Gilson (1966-1971). [s/d]. Disponível em: <[portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/min-ibere-gilson-1966-1971.htm](http://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/min-ibere-gilson-1966-1971.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. 2010. *Folhas*. Tese (Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2015.