

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Comissão Extraordinária de Saúde

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

Brasília, 2019

Conselho Nacional do Ministério Público

EXPEDIENTE

Conselho Nacional do Ministério Público

PRESIDENTE DO CNMP

Antônio Augusto Brandão de Aras

CONSELHEIROS

Rinaldo Reis Lima (Corregedor Nacional)

Valter Shuenquener de Araújo

Luciano Nunes Maia Freire

Sebastião Vieira Caixeta

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Otávio Luiz Rodrigues Jr.

Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto

Sandra Krieger Gonçalves

Fernanda Marinela Sousa Santos

SECRETARIA-GERAL DO CNMP

Maurício Andreiuolo Rodrigues (Secretário-Geral)

COMISSÃO EXTRAORDINÁRIA DE SAÚDE

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho (Presidente)

Daniel dos Santos Rodrigues (Membro Auxiliar)

Jairo Bisol (Membro Auxiliar)

Vanessa Goulart Barbosa (Membro Auxiliar)

Gabriel Speller Trajano (Servidor)

Líbia Dalva de Melo Rodrigues Zaghetto (Servidora)

Lília Milhomem Januário (Servidora)

Jeilson Gonçalves de Aguiar (Colaborador)

MEMBROS COLABORADORES

Afonso de Paula Pinheiro Rocha (Procurador do Trabalho)

Caroline Cabral Zonta (Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina)

Clayton da Silva Germano (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios)

Glaucio Ney Shiroma Oshiro (Promotor de Justiça do Ministério Público do Acre)

Héverton Alves de Aguiar (Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia)

Isabel Maria Salustiano Arruda Porto (Procuradora de Justiça do Ministério Público do Ceará)

Karina D'Abruzzo (Promotora de Justiça do Ministério Público de Goiás)

Márcia Lustosa Carreira (Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro)

Marco Antonio Teixeira (Procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná)

Maria Carolina de Almeida Antonaccio (Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo)

Melina Tostes Haber (Procuradora da República)

Rodrigo Schoeller de Moraes (Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul)

Rogério Luís Gomes de Queiroz (Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia)

Ticiane Andrea Sales Nogueira (Procuradora da República)

CAPA, REVISÃO E SUPERVISÃO EDITORIAL

Secretaria de Comunicação Social do CNMP

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Gráfica e Editora Movimento

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.
A atuação do Ministério Público em face das organizações sociais de saúde /
Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2019.
71 p. il.
ISBN: 978-85-67311-50-0

1. Saúde Pública. 2. Fiscalização. 3. Ministério Público – atuação. I. Título. II.
Comissão Extraordinária de Saúde.

CDD – 341.413

SUMÁRIO

Apresentação	6
<i>Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho</i>	
Introdução: atuação resolutiva e estruturante em saúde	7
<i>Daniel dos Santos Rodrigues – MPMG e Jairo Bisol – MPDFT</i>	
Fiscalização dos contratos de gestão e a atuação na defesa do patrimônio público	12
<i>Fabiana Lemes Zamalloa do Prado – MPGO</i>	
Organizações sociais de saúde e a avaliação da qualidade do serviço	27
<i>Márcia Lustosa Carreira – MPRJ</i>	
A fixação dos indicadores do contrato de gestão	32
<i>Ticiane Andrea Sales Nogueira – MPF</i>	
Fiscalização contábil e financeira – ônus da prova, integridade e controle concomitante nas prestações de contas das OSS	38
<i>Élida Graziane Pinto – MPC/SP</i>	
Fiscalização das condições ambientais de trabalho na área de saúde	50
<i>Carolina Pereira Mercante – MPT</i>	
Corrupção e a fiscalização das organizações sociais de saúde	60
<i>Eduardo Santos Carvalho – MPRJ</i>	

APRESENTAÇÃO

Considerando que a Constituição Federal, em seu artigo 196, preceitua ser a saúde direito de todos e dever do Estado, além da legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos e interesses coletivos, fez-se conveniente e necessária a criação de uma comissão, no âmbito deste Conselho Nacional do Ministério Público, destinada a fortalecer e aprimorar a atuação dos órgãos do Ministério Público na tutela da saúde.

A Comissão Extraordinária de Aperfeiçoamento e Fomento da Atuação do Ministério Público na Área da Saúde, instituída pela Resolução do CNMP nº 186, de 5 de março de 2018, tem como finalidade facilitar a integração do Ministério Público brasileiro no exercício de suas atribuições de controle de efetivação da política pública de saúde, contribuindo para o desenvolvimento de metodologias e estratégias de fiscalização resolutivas, atuando de modo a garantir a oferta de serviços de saúde de qualidade a toda a população.

Dentre os diversos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Extraordinária de Saúde (CES) – tais como a *“Ação Nacional: Transparência nas Listas de Espera do SUS e Aperfeiçoamento do Sistema de Regulação”*, ou a *“I Inspeção Nacional de Hospitais Psiquiátricos”*, dentre outros –, pensou-se neste manual como uma ferramenta de reflexão institucional, envolvendo a troca de experiências e boas práticas em torno da atuação do Ministério Público na fiscalização das Organizações Sociais (OSS) contratadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para prestação de serviços de saúde, cujo modelo avança a passos largos no Brasil e desafia a atividade de controle ministerial.

Trata-se de um manual construído coletivamente, com base em experiências e conhecimento de membros de diferentes ramos do MP brasileiro, para os quais estendemos os nossos mais sinceros agradecimentos e reconhecimento pela dedicação e disponibilidade.

Tenham todos uma boa leitura!

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Presidente da Comissão de Saúde

INTRODUÇÃO: ATUAÇÃO RESOLUTIVA E ESTRUTURANTE EM SAÚDE

Daniel dos Santos Rodrigues

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direitos Humanos pela UFG e Doutorando em Direito na UFMG.
Membro Auxiliar da Comissão Extraordinária de Saúde do CNMP.*

Jairo Bisol

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
Mestre em Direito pela UNB e Doutor em Direito pela UFPE.
Membro Auxiliar da Comissão Extraordinária de Saúde do CNMP.*

Não é segredo, agentes políticos (membros) e administrativos (servidores) do Ministério Público adoecem física e mentalmente com frequência cada vez maior. Os motivos são os mais diversos: demanda de trabalho sem fim; imposição e mensuração de inúmeras e inalcançáveis metas de esforço (número de ações e denúncias ajuizadas, arquivamentos promovidos, Termos de Ajustamento de Conduta assinados etc.); isolamento e falta de cooperação interna; cobrança excessiva de formalismos e diligências sem propósitos por parte de órgãos correccionais; percepção cada vez mais aguda de que “enxugam gelo”¹ etc. O sentimento generalizado é de frustração, da inutilidade de todo esforço que se faz, apesar do muito que se produz com recursos e tempo tão escassos.

O diagnóstico não se mostra tão complicado: somos deficientes no estabelecimento de prioridades e até mesmo temos medo de estabelecê-las. Afinal, cada escolha é uma renúncia. No entanto, se recursos e tempo são bens finitos e a escassez é a regra, devemos saber como aproveitá-

¹ Não obstante o Ministério Público não possuir pesquisas específicas sobre o assunto, os indícios de adoecimento de seus colaboradores podem ser deduzidos a partir de estudos semelhantes feitos em carreiras análogas às do MP. Por exemplo, pesquisa recente realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017) identificou que os transtornos mentais se destacam como a 4ª causa de absenteísmo e, também, como causa relevante para a realização de exames periódicos de juizes e servidores, não sendo descartada a hipótese de que os transtornos mentais sejam também gatilhos para o surgimento de outras doenças (fatores psicossomáticos). Cf. tb. BALDAÇARA, 2015; FONSECA; CARLOTTO, 2011.

los melhor. Neste sentido, contratar mais colaboradores, por exemplo, além de inviável, é uma forma muito segura de disfarçar as nossas próprias mazelas². O que podemos fazer, mesmo em face dos parques incentivos institucionais para sermos resolutivos e inovadores?

Precisamos ousar, sermos disruptivos (para usar a palavra da moda).

Quer ver um exemplo? A liderança ousada do Ministério Público do Trabalho (MPT) na realização da Ação nº 3/2018 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que teve como objetivo elaborar diagnóstico e propor medidas visando a fortalecer a prevenção e o combate às fraudes nos contratos de gestão da saúde pública, experiências que também trazemos aqui neste material. Alguém poderia perguntar: o que o MPT teria a ver com prevenção e combate à corrupção? Mas pensemos de novo, agora com uma pergunta diferente, refletindo fora das “caixinhas” de atribuições e dos temas que usualmente usamos para conformar a complexidade da vida: por qual motivo o MPT não poderia contribuir com a prevenção e o combate às fraudes nos contratos de gestão da saúde pública, considerando sua *expertise* na avaliação das condições de trabalho?

Os professores Matt Andrews, Lant Pritchett, Salimah Samji e Michael Woolcock (2015), da Harvard Kennedy School, envolvidos em várias iniciativas de desenvolvimento ao redor do mundo, destacam algumas variáveis comuns a todos os projetos de sucesso: a realização de pequenas mudanças incrementais de baixo para cima; o desenvolvimento de capacidades de lideranças compartilhadas e locais; e o ganho de maior legitimidade e autorização com base nos resultados iniciais alcançados. Os autores nomeiam esse tipo de atuação como Adaptação Iterativa Orientada a Problemas (do inglês *Problem-Driven Iterative Adaptation* – PDIA), a qual

[...] requer que os agentes recebam autorização para fazer coisas que, em seu ecossistema atual, eles não estão autorizados a fazer. [...]

Como alguém pode ganhar e assegurar robusta autorização? Isso nos traz para o tópico da liderança, um tópico que é comumente subestimado no desenvolvimento ou abordado de maneira superficial. [...]

Se as pessoas certas necessárias para fazer uma reforma ter sucesso não estão juntas e inicialmente engajadas, como nós podemos conquistar autorização através dos vários domínios? Colaboradores potenciais devem vir de diferentes setores/níveis/agências dentro de um governo, eles devem ter diferentes capacidades, eles nem precisam já terem se conhecido antes.

[...] Você não precisa apenas manter sua autorização inicial, mas também expandir o número de atores que providenciam autorização, construindo assim impulso e aumentando a legitimidade do projeto ou da reforma. Nós chamamos isto de “construindo capacidades pela entrega de resultados. (ANDREWS; PRITCHETT; SAMJI; WOOLCOCK, 2015: 127-8). [tradução nossa]

A própria ENCCLA e a participação do Ministério Público (MP) em suas ações são iniciativas inovadoras e que caminham no sentido exposto, pois envolvem esforços interinstitucionais

2 Escrevem Berclaz e Moura que, “[n]essa ótica, dada a realidade das atuais despesas e os rígidos limites de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, defende-se, para evitar o caos orçamentário, um padrão administrativo baseado, entre outras premissas, numa clara definição: reestruturar órgão auxiliares em vez de criar, assistematicamente, mais e mais cargos de novos membros” (2008: item IIc).

imensos, entre atores públicos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e da sociedade civil, demonstrando que uma **Governança Aberta e Compartilhada** (a junção entre os ideais de 'Governo Aberto' e 'Governança Compartilhada') é possível. Aliás, para problemas complexos, que envolvem a compreensão holística do funcionamento das políticas públicas, a **Governança Aberta e Compartilhada** é a única possibilidade.

Em termos pragmáticos, faz-se imprescindível induzirmos, com tais iniciativas e de baixo para cima (*bottom up*), pressionando as instâncias superiores ministeriais, um novo modelo de gestão no MP que se inspire nos ideais de 'Governo Aberto' e de 'Governança Compartilhada', que são o fundamento do modelo do Novo Serviço Público (NSP). Mas o que são o Governo Aberto e a Governança Compartilhada e o modelo do Novo Serviço Público (NSP)? Para entendermos tais conceitos, melhor considerarmos a evolução histórica dos modelos de gestão pública.

Basicamente, o primeiro modelo histórico do Estado Liberal foi o burocrático, do tipo weberiano, centrado em procedimentos, formalidades e forte controle hierárquico. Posteriormente este modelo, na segunda parte do século XX, foi substituído pelo modelo *New Public Management* ou Nova Gestão Pública (NPM/NGP), focado no gestor e inspirado no mercado. Por fim, atualmente vem ganhando corpo o NSP, concentrado na sociedade e nas capacidades participativas e democráticas do cidadão, que se traduz no conceito de Governança Compartilhada. A literatura especializada resume assim essa trajetória:

Denhardt e Denhardt (2007) descreveram o NSP como uma alternativa à velha administração pública (modelo burocrático) e ao NGP. Para esses autores, o NGP, quando comparado com a antiga administração pública burocrática, vai ganhar sempre. Contudo, quando comparamos o NSP com o NGP, o NSP é claramente mais consistente com os fundamentos básicos da democracia, vislumbrando um serviço público totalmente integrado com o discurso do cidadão e o interesse público.

No NSP, os cidadãos e os agentes públicos olham além do autointeresse e focam no interesse do público geral, adotando uma visão mais ampla e uma perspectiva de longo prazo. Isso requer um conhecimento de relações públicas, um sentimento de pertencer a uma comunidade, uma preocupação para com o todo, e um vínculo moral com a comunidade cujo destino está em jogo. (ANGELIS, 2015: 15)

Por sua vez, a iniciativa do 'Governo Aberto', não obstante no mesmo espírito da NSP, traz maior ênfase à transparência e ao acesso à informação. O Governo Aberto nasce em 2011, quando oito países (África do Sul, Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido)³ assinaram a Parceria para Governo Aberto ou *Open Government Partnership* (OGP), traduzindo-se em uma iniciativa global de "práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social" (BRASIL)⁴.

Feitas essas explicações, vê-se que o ideal que aqui chamamos de Governança Aberta e Compartilhada tem como característica a indução do desenvolvimento sustentável e a mobilização,

3 Hoje a iniciativa já conta com a assinatura de 75 países.

4 Cf. <http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>.

estudo e planejamento em cooperação com a própria sociedade⁵. Além disso, esse novo modelo de gestão se **orienta a projetos transversais de fomento e fiscalização de políticas públicas**, permitindo não só um debate contínuo e permanente entre o Ministério Público, a sociedade e o poder público (*dando-lhe suporte para planejar políticas públicas e assim prevenir a judicialização*), mas entre os próprios agentes políticos e agentes administrativos do MP, materializando uma mudança profunda do paradigma democrático: de mera democratização do Estado para a democratização da sociedade (BOBBIO, 1986: 55) e de uma mera democracia dos seres humanos para uma democracia também estendida às coisas (LATOURET, 1994).

Com efeito, esse novo modelo de governança institucional deve também ser flexível, inovador, com alto custo-eficiência e voltado primordialmente para o FUTURO, de modo que o Ministério Público olhe primordialmente para o horizonte e não apenas “pelo retrovisor, para um passado onde os crimes já ocorreram e as violências aos direitos humanos e sociais já foram praticadas” (SANTIAGO, 2018: 50).

Não há que dizer que tais iniciativas são fáceis ou não enfrentam resistências, considerando que essas últimas geralmente estão calcadas em um modelo demandista, cartorário, burocrático e com forte fetiche pelos instrumentos processuais (particularmente os penais) (RODRIGUES, 2018: 230). Porém, cabe lembrar que nessa quadra histórica não cabe mais ao membro de Ministério Público querer tutelar a sociedade e os “hipossuficientes”,

mas sim fomentar a autonomia política, atuando como um articulador no sentido de congregar e instigar os agentes sociais (lideranças comunitárias, movimentos sociais, organizações governamentais e não governamentais etc.) para que eles próprios construam políticas públicas aptas a realizarem os direitos humanos, protegendo-se o fazer político e as instituições democráticas (RODRIGUES, 2018: 227).

Daí que os temas de inovação, atuação compartilhada e de desenvolvimento de capacidades de liderança são fundamentais e podem ser iniciados com pequenos passos, como já vêm admitindo as Corregedorias e o Conselho Nacional do Ministério Público, incorporando cada vez mais as diretrizes do paradigma Resolutivo em documentos e atos normativos (Carta de Brasília, Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018, Recomendação CNMP nº 54/2017). Agora o resto depende de nossa vontade e criatividade!

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; SAMJI, Salimah; WOOLCOOCK, Michael. **Building capability by delivering results: Putting Problem-Driven Iterative Adaptation (PDIA) principles into practice**. A Governance Practitioner’s Notebook: Alternative Ideas and Approaches. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2015. Disponível em: <<https://bsc.cid.harvard.edu/publications/building-capability-delivering-results-putting-problem-driven-iterative-adaptation>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁵ Pois, naturalmente, as questões e problemas sociais são todos interconectados, sendo que um projeto de policiamento comunitário, por exemplo, trará benefícios não apenas para a segurança pública, mas também para a infância e juventude, para o idoso, para a saúde, para a área cível envolvendo conflitos familiares etc.; em suma, no mundo real não há divisões por ‘disciplinas’ ou ‘atribuições’.

ANGELIS, Cristiano Trindade de. A emergência da reforma do estado brasileiro: a governança compartilhada e o modelo do novo serviço público. **Planejamento e Políticas Públicas**, 45(2). 2015. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/583/368>>.

BALDAÇARA, Leonardo Rodrigo; MAIA, Maria Zoreide Brito; OLIVEIRA, Luanne Alves. Afastamentos por transtornos mentais entre servidores públicos federais no Tocantins. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, 40 (132), 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v40n132/0303-7657-rbso-40-132-156.pdf>>.

BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. **Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1771, 7 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11240>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. **Coleção Pensamento Crítico**, Vol. 63, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Governo Aberto. O que é a iniciativa. Disponível em: <<http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Saúde de magistrados e servidores: Resolução CNJ nº 207/2015 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/b69b2e5851acc6bf76b025d36ee79236.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

FONSECA, Rosália Maria Costa; CARLOTTO, Mary Sandra. Saúde Mental e Afastamento do Trabalho em Servidores do Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. **Psicologia em Pesquisa**, Juiz de Fora, v. 5, nº 2, p. 117-125, dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472011000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 dez. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público: por uma nova espacialidade. In: GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra de [Orgs.]. **Ministério Público e práticas transformadoras**. 2ª tiragem, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos. Ensaio de Antropologia Simétrica.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. O que falta ao Ministério Público para ser um Agente do Desenvolvimento (Sustentável)? – Elementos e Proposições Críticas para um Aprofundamento do Ideal de MP Resolutivo? In: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: atuação das corregedorias no estágio probatório dos membros do Ministério Público brasileiro: o futuro do Ministério Público e o Ministério Público do futuro – Conselho Nacional do Ministério Público**. Vol. V. Brasília: CNMP, 2018.

SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. Ministério Público eficaz: construção de novos paradigmas espaciais. In: GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra de [Orgs.]. **Ministério Público e práticas transformadoras**. 2ª tiragem, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO E A ATUAÇÃO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado

Promotora de Justiça em Goiânia.

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

A Lei Federal nº 9.637/98, seguindo uma tendência contemporânea de “empresarialização” das formas organizativas da Administração Pública, com base na cooperação e conjugação ordenada de atores públicos e privados no desenvolvimento das tradicionais finalidades do Estado Social e do serviço público, disciplinou uma forma de parceria entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais, para a realização de tarefas públicas e funções administrativas, por meio de contratos de gestão.

Esse modelo de gestão surgiu em decorrência da imposição ao Estado brasileiro das agências de fomento internacionais, como condição para o “desenvolvimento” nos moldes neoliberais, que têm como base da economia o mercado e o lucro e um modelo de Estado mínimo, enxuto e não interventor. Entretanto, numa insuperável contradição, o modelo de gestão de serviços públicos, baseado em parcerias com o terceiro setor, propõe a se desenvolver segundo princípios de solidariedade social. E é com essa contradição que os mecanismos de desvios de recursos públicos desenvolvem-se e tornam-se, a cada dia, mais sofisticados.

No âmbito da prestação de serviços de saúde, esse modelo de gestão tem se expandido, especialmente diante de um discurso baseado nas exigências do serviço, em especial da agilidade da resposta estatal em face das demandas, que o modelo burocrático tradicional não foi capaz de atender.

O julgamento da ADI 1923/DF veio consolidar o modelo de gestão de serviços públicos de saúde por organizações sociais, por meio de contratos de gestão, no âmbito da Administração Pública de todo o país. É certo que, no âmbito da referida ADI, apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter reconhecido a possibilidade da celebração de parcerias entre o poder público e entidades privadas, por meio de contratos de gestão, para a prestação de serviços públicos, bem como a

submissão das organizações sociais, no exercício dessas parcerias, aos princípios da Administração Pública, escorreito é, também, que a Suprema Corte não adentrou a análise da extensão e limites das parcerias e da constitucionalidade dos modelos adotados, o que se dará no âmbito das ações civis públicas exercitadas pelo Ministério Público, nos quatro rincões do país. Não se tem notícia, ainda, de terem essas discussões chegado ao STF.

Independentemente disso, certo é que o modelo de gestão replicado na Federação, com pequenas diferenças, é o mesmo em quase todo o país e está a exigir do Ministério Público uma atuação mais eficaz e eficiente na fiscalização da execução dos contratos de gestão.

A experiência tem demonstrado que a opção por um modelo de gestão baseado na parceria com entidades privadas, por meio de contratos de gestão, não tem sido precedida da instituição de mecanismos eficazes de fiscalização, por parte da Administração Pública, tanto no que se refere à qualidade dos serviços prestados como no que pertine à adequada aplicação dos recursos públicos transferidos ao ente privado.

A contradição ínsita ao modelo aliada à falta de mecanismos eficazes de fiscalização preventiva, na execução dos contratos de gestão, no âmbito da Administração Pública e à má escolha dos parceiros privados tem ensejado toda sorte de desvios de recursos públicos, com sério comprometimento do êxito desse modelo de parceria, de princípios caros à Administração Pública e dos direitos fundamentais dos destinatários dos serviços públicos objetos da parceria.

É o que se propõe com o presente ensaio: apontar, por meio de experiências vivenciadas, as fragilidades do modelo de gestão replicado em todo o país e alguns pontos de atenção do Ministério Público na fiscalização de tais contratos, para a prevenção e repressão de ilegalidades e desvios de recursos públicos.

Analisando os contratos de gestão celebrados por diversas unidades federativas com organizações sociais, constata-se que o modelo funda-se numa parceria, na qual o ente público transfere toda a execução dos serviços de saúde em determinado equipamento público, com todos os bens públicos dele integrantes, mediante o pagamento de um valor fechado, com parcelas mensais, compostas de uma parte fixa, correspondente, em regra, a 90% da parcela mensal, e de outra parte variável, no montante de 10% da parcela mensal, proporcional aos serviços prestados dentro das metas propostas, as quais são estabelecidas com base na capacidade instalada do equipamento público.

Alguns modelos adotam uma composição mista de pessoal, por meio da “cessão” de servidores públicos à organização social e da contratação direta e celetista de empregados, tanto para o exercício de atividades-fim como para o exercício de atividades administrativas. Outros adotam um modelo de contratação de pessoal puramente celetista. No modelo misto, os valores relativos aos servidores “cedidos” pelo ente público são objeto de glosa nos repasses realizados. A contratação de empregados pelo regime celetista, na linha do que resultou decidido pelo STF na ADI 1923/DF, deve se dar por meio de processos seletivos, de forma pública e impessoal.

Alguns contratos também estabelecem percentuais máximos de aplicação dos recursos públicos com despesas de pessoal, os quais têm variado entre 60% e 70% da parcela mensal.

Relativamente aos contratos celebrados com terceiros, também na linha do que decidiu o STF na ADI 1923/DF, apesar de afastada a licitação, as contratações devem observar o regulamento de compras a ser elaborado com observância dos princípios regentes da Administração Pública.

Feitos esses breves balizamentos, passa-se à análise de pontos sensíveis da execução dos contratos de gestão nos moldes acima alinhavados propícios aos desvios de recursos públicos.

1. DAS CONTRATAÇÕES DE PESSOAL

Como já salientado, expressivo percentual dos recursos transferidos ao parceiro privado, em razão do contrato de gestão, destina-se às despesas com pessoal. Apesar da maior flexibilidade que esse modelo de gestão proporciona na contratação de pessoal, muitas irregularidades têm sido verificadas no âmbito dessas contratações. Nas linhas seguintes, serão elencados alguns aspectos que estão a merecer a atenção do Ministério Público com algumas providências úteis à prevenção e verificação das irregularidades.

1.1. Contratação de pessoal sem observância do princípio da publicidade e da impessoalidade

Apesar de o STF, no julgamento da ADI 1923/DF, ter afastado a aplicação de regras próprias da Administração Pública Direta e Indireta no âmbito das organizações sociais, entendeu a Suprema Corte que as organizações sociais, na gestão de recursos públicos, estão sujeitas a todos os princípios regentes da Administração Pública, bem como aos controles constitucionais para a defesa do patrimônio público.

Por essa razão, a contratação de pessoal, em regime celetista, deve ser precedida de seleção pública, com critérios objetivos de escolha, como garantia do princípio da impessoalidade. As contratações diretas devem ser reservadas para casos excepcionais, em que a seleção pública se mostre inviável e deve ser precedida de devida motivação e demonstração da situação excepcional que as justificam.

1.2. Contratação de empregados “fantasmas”

Incomuns não são situações de contratação de empregados, de forma direcionada, sem que tais empregados, de fato, prestem os serviços para os quais foram contratados, apropriando-se dos recursos públicos, de forma indevida ou repassando-os para terceiros, integrantes da organização social ou da Administração Pública.

Por meio desse mecanismo, expressivas somas de recursos públicos podem ser desviadas de sua finalidade contratual, de forma pulverizada, o que dificulta ainda mais a sua detecção. Apesar de se cuidarem de situações cercadas de certa complexidade na verificação, algumas

diligências apresentam-se úteis para tal desiderato, tais como identificação da jornada de trabalho do profissional, das escalas de plantão realizadas (especialmente em se cuidando de profissionais de saúde), verificação da frequência por meio de registros em prontuários médicos, identificação de outros vínculos dos profissionais com entidades públicas e privadas por meio dos registros da Previdência Social (CNIS), verificação de atendimentos por meio de planos de saúde, volume de atendimentos realizados, horários de atendimento, identificação de participações societárias dos profissionais, especialmente para as diligências de quebra de sigilo fiscal e bancário e, ainda, diligências *in loco*.

Para a identificação dos pagamentos realizados e do destino de tais recursos, a quebra de sigilo bancário e fiscal revela-se como providência indispensável. Transferências de recursos, saques em dinheiro de valores em datas próximas à percepção da remuneração são sérios indícios de repasses ilícitos de recursos a terceiros.

1.3. Cumulação de empregos públicos e privados

Com o pretexto de que as organizações sociais não estão sujeitas ao regime jurídico administrativo próprio da Administração Pública Direta e Indireta, têm proliferado as contratações de profissionais de saúde, em especial de médicos, que já mantêm vínculos com a Administração Pública, na mesma unidade da Federação ou em outras unidades, além da contratação, por várias organizações sociais, do mesmo profissional, num absurdo acúmulo de vínculos e extenuante carga horária.

Essa cumulação, além de violar o princípio da eficiência, por ser prejudicial à qualidade do serviço, pela incapacidade de o profissional bem prestar os serviços contratados, viola a moralidade administrativa, exatamente por remunerar, a Administração Pública, um serviço que não será prestado com a eficiência necessária.

Dessa forma, o parâmetro constitucional de proibição de cumulação de cargos e funções públicas deve ser observado, também, no âmbito das contratações feitas por organizações sociais, porquanto concretiza o princípio da moralidade administrativa a que estão sujeitas também as organizações sociais, conforme decidido no âmbito da ADI 1923/DF.

Assim, ainda que sejam as organizações sociais, por natureza, entidades de direito privado, não poderão realizar contratações de empregados que já possuam vínculos com Administração Pública ou com outras organizações sociais, fora das exceções constitucionais. Da mesma forma, não poderá permitir que seus empregados exerçam, com incompatibilidade de horários, funções outras, de natureza privada.

1.4. Pagamento de salários acima do teto constitucional

Também tem sido comum o pagamento de remunerações por organizações sociais a empregados por ela contratados, com recursos do contrato de gestão, acima do teto constitucional,

ao argumento de que as remunerações pagas pela organização social devem observar valores de “mercado”.

Da mesma forma que as limitações ao acúmulo de cargos e funções públicas concretizam a moralidade administrativa, os limites constitucionais de remuneração também concretizam a moralidade e a razoabilidade no âmbito da Administração Pública, o que impõe a sua observância, também, pelas organizações sociais, conforme decidido pelo STF, no âmbito da ADI 1923/DF.

Nessa linha de inteligência, o “mercado” deve se compatibilizar com a moralidade e a razoabilidade que se buscou garantir com o estabelecimento de limites de remuneração no âmbito da Administração Pública.

Algumas legislações locais, expressamente, estabelecem limites de remuneração no âmbito das organizações sociais executoras do contrato de gestão. Entretanto, mesmo diante de expressa previsão legal local, mecanismos de burla a essa imposição legal têm sido utilizados, especialmente quando a organização social possui mais de um contrato de gestão. Por meio deles é possível “dividir” a remuneração paga para um mesmo profissional, contratado duas vezes pela mesma organização social, para prestar serviços concomitantes e por vezes com horários incompatíveis, por intermédio de contratos distintos, com recursos oriundos de contratos de gestão distintos que, individualmente, estão dentro do teto constitucional, mas que, somados, ultrapassam, em muito, os limites constitucionais.

Como consequência da cumulação ilegal de cargos e empregos públicos e privados, tem-se constatado o pagamento de valores, com recursos públicos, que ultrapassam os limites autorizados constitucionalmente, para um mesmo profissional, numa flagrante violação ao princípio da moralidade administrativa e da razoabilidade, que as limitações constitucionais objetivaram resguardar. A percepção de remuneração paga com recursos públicos que ultrapasse o teto constitucional somente pode ser admitida naquelas situações em que a cumulação é permitida, constitucionalmente, conforme decidido pelo STF, em Repercussão Geral, no RE 602.043/MT.

Outro ponto de atenção diz respeito ao valor das remunerações. Um dos discursos que tem justificado a adoção do modelo de gestão por organizações sociais é a economicidade, diante da superioridade dos valores de remuneração de servidores públicos em comparação aos valores pagos aos mesmos profissionais da iniciativa privada. Apesar disso, o pretexto “mercado” tem justificado o pagamento de remunerações que ultrapassam, em muito, a média de remuneração do mesmo profissional no âmbito público e no âmbito das próprias organizações sociais, numa flagrante violação ao princípio da isonomia, que também deve ser observado pelas organizações sociais, conforme decidido na ADI 1923/DF.

1.5. Pejotização

A contratação de pessoal por interposta pessoa jurídica tem sido uma prática altamente difundida no âmbito das organizações sociais. Sem ingressar na discussão acerca da licitude ou não desse tipo de contratação, no âmbito de serviços públicos de saúde, por mascarar autênticas

relações de trabalho, necessário fazer alguns apontamentos acerca das dificuldades de fiscalização da prestação dos serviços nesse tipo de contratação.

Além do sério comprometimento da qualidade do serviço prestado, especialmente quando celebrados para a prestação de serviços de saúde, em razão do não estabelecimento de uma relação médico-paciente, decorrente da ausência de continuidade do atendimento, a falta de precisão do objeto contratado, do quantitativo de serviços contratados e dos valores unitários desses serviços tem impedido a fiscalização da efetiva prestação dos serviços e da adequação do seu valor aos princípios regentes da Administração Pública.

A contratação de empregados por interposta pessoa jurídica, além de constituir burla às regras trabalhistas, previdenciárias e tributárias, com prejuízos para o empregado, para a administração tributária e previdenciária, causa seríssimos prejuízos para o ente público contratante.

Isso porque, na formatação dos contratos de gestão, o custo do serviço leva em conta as despesas com pessoal, as quais são calculadas com base em relações empregatícias, com todos os encargos dela decorrentes. A opção pela “menos onerosa”¹ contratação por pessoa jurídica (PJ) dá ensejo à responsabilização subsidiária do ente público pela dívida decorrente da contratação ilegal e, conseqüentemente ao pagamento de valores já repassados para a mesma finalidade, à organização social, nas parcelas do contrato de gestão. Em outras palavras, o ente público pagará duas vezes uma mesma despesa.

O montante da dívida trabalhista e previdenciária dos entes públicos, em razão da responsabilidade subsidiária pelos débitos das organizações sociais, tem alcançado cifras astronômicas.

A contratação de pessoal por interposta pessoa jurídica, além de mascarar autênticas relações empregatícias, camufla os gastos efetivos com pessoal e dificulta a fiscalização da aplicação dos recursos dentro dos percentuais estabelecidos no contrato de gestão. Isso porque as despesas com tais contratações são contabilizadas como prestação de serviços e não como despesa com pessoal. Por outro lado, quando os serviços são prestados pelos próprios sócios, camuflam, também, cumulações ilegais de cargos e empregos públicos e privados e, ainda, a violação aos limites constitucionais de remuneração de pessoal com recursos públicos.

1.6. Glosas de recursos referentes aos servidores públicos “cedidos” para a organização social

A grande maioria dos contratos de gestão preveem um modelo misto de pessoal, com a possibilidade de contratação de empregados pela própria organização social, em regime celetista, e de “cessão” de servidores públicos pelo ente público para a prestação dos serviços de saúde, com previsão expressa de glosa dos valores decorrentes da remuneração de servidores públicos das parcelas do contrato de gestão.

¹ Diz-se “menos onerosa” entre aspas porque, em regra, os recursos relativos a encargos sociais não repassados são desviados para “turbinar” a remuneração de alguns empregados, para finalidades ilícitas, inclusive.

Entretanto, apesar da previsão contratual, em muitas situações essas glosas não são efetivadas ou o são em valores que não correspondem ao custo da mão de obra para o ente público, o qual corresponde à remuneração paga ao servidor, acrescida dos encargos previdenciários patronais.

Porquanto o contrato de gestão já contempla, na composição do seu valor, o custo da mão de obra, a ausência de glosa dos valores relativos à mão de obra “cedida”, e constitui pagamento em duplicidade de um mesmo serviço, com prejuízo ao erário.

1.7. Nepotismo

A contratação de pessoal, de forma direta ou por interposta pessoa jurídica, sem observância do princípio da impessoalidade, no âmbito das organizações sociais também tem concretizado a velha prática patrimonialista da Administração Pública, consubstanciada na “distribuição” de cargos, empregos e funções públicas a pessoas ligadas ao gestor por vínculos de parentesco.

Da mesma forma que a vedação ao nepotismo concretiza o princípio da moralidade na Administração Pública, deve ser observada, também, no âmbito da execução dos contratos de gestão por organizações sociais, por força do que resultou decidido pelo STF na ADI 1923/DF.

Dessa forma, contratações diretas, sem seleção pública e impessoal de parentes de integrantes da organização social ou de integrantes dos poderes constituídos da unidade federativa ou de órgãos autônomos da Administração Pública, podem constituir violação ao princípio da moralidade e devem ser, também, coibidas.

Algumas legislações locais vedam a contratação, por organizações sociais, de parentes de integrantes da Diretoria e Conselho de Administração da organização social e de parentes do Chefe do Poder Executivo. Entretanto, essas vedações não esgotam todas as situações de violação à moralidade administrativa, pela contratação de pessoas ligadas ao gestor por vínculos de parentesco, as quais deverão ser analisadas caso a caso.

2. CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS DE TERCEIROS

Se a contratação de pessoal pelas organizações sociais tem se revelado ponto sensível na execução dos contratos de gestão, é na contratação de serviços e bens de terceiros que mais se potencializa a possibilidade de desvios e danos ao erário.

A fiscalização, nesse âmbito, especialmente na prestação de serviços, revela-se mais dificultosa diante da diversidade, natureza e especificidades dos serviços contratados, que obstam a avaliação tanto da adequação do valor do serviço contratado ao mercado como da efetiva prestação dos serviços, a justificar o pagamento do preço, no *quantum* acordado.

A agravar a dificuldade dessa fiscalização, algumas organizações sociais menos comprometidas com o interesse público e com os princípios regentes da Administração Pública

têm adotado, na celebração dos contratos, mecanismos que praticamente inviabilizam a fiscalização, tanto pelo ente público contratante como pelos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, a cuja fiscalização estão sujeitas as organizações sociais, conforme decidido na ADI 1923/DF.

Tais mecanismos consistem na celebração de contratos de prestação de serviços, com objeto indefinido, genérico, sem especificações, sem estabelecimento de quantitativo de serviços e preços unitários ou resultados mensuráveis, o que inviabiliza não somente a verificação da adequação do objeto contratado ao contrato de gestão, mas impede, também, a medição dos serviços, indispensável à verificação da adequação do pagamento de acordo com o que foi contratado e executado, além, é claro, da dificuldade de verificação da adequação do preço ao mercado e aos princípios regentes da Administração Pública.

A celebração de contratos por meio de instrumentos contratuais débeis e sem um plano de trabalho prévio que identifique a necessidade da contratante e, de forma precisa, o objeto contratado revelam-se de extremo potencial lesivo, pois com base neles a organização social efetiva pagamentos sem a possibilidade de nenhum controle sobre a legitimidade da despesa e do pagamento. Num contexto em que se desnuda o direcionamento das contratações realizadas pela organização social para pessoas jurídicas ligadas a seus dirigentes ou a agentes públicos, sem observância à publicidade e à impessoalidade que devem nortear a atividade da organização social enquanto parceira pública, essas contratações constituem o ralo da corrupção, no âmbito da execução dos contratos de gestão.

De fato, tem-se verificado que, nesse modelo de gestão, organizações sociais são constituídas como verdadeiro negócio para seus membros e para agentes públicos. Embora, do ponto de vista formal, as organizações sociais não tenham fins lucrativos, o que se tem verificado é a formação de uma “rede” de empresas, constituídas por integrantes das organizações sociais, por agentes públicos e por pessoas a eles ligadas.

Essas empresas são constituídas por interpostas pessoas, parentes ou não, de agentes públicos e “donos” das organizações sociais, com a finalidade precípua de celebrar contratos com as organizações sociais, para a prestação de serviços que, muitas vezes, não são executados, ou são executados desproporcionalmente ao preço pago, numa verdadeira “rede” voltada ao desvio de recursos públicos, especialmente para o enriquecimento ilícito de terceiros, agentes públicos ou não, e para o financiamento de campanhas eleitorais.

Muitas delas são constituídas, exclusivamente, para a celebração desses contratos, em momento anterior, próximo à celebração do contrato. Tais empresas, também, geralmente não possuem empregados cadastrados na Previdência Social, tampouco possuem sede compatível com o objeto social, além de possuírem como única fonte de receita os recursos advindos dos contratos celebrados com organizações sociais.

A falta de transparência e publicidade das contratações favorece o direcionamento das contratações e, associada à falta de adequado plano de trabalho, com especificação da necessidade a ser suprida com a contratação, do objeto contratual, quantidade contratada e preços unitários, bem como à falta de adequadas pesquisas de mercado, tem possibilitado o desvio de grandes

cifras de recursos públicos para financiamento de campanhas eleitorais e enriquecimento ilícito de terceiros, agentes públicos ou não.

A lesividade desse mecanismo potencializa-se com a omissão dos órgãos públicos contratantes, supervisores do contrato, na fiscalização, seja por falta de estrutura fiscalizatória, seja por uma vontade deliberada de não fiscalizar a execução dos contratos de gestão, já que muitas vezes são os destinatários, pelo menos em parte, dos recursos públicos desviados.

Seguem outros pontos de atenção na fiscalização.

2.1. Pagamento de remuneração a membros das organizações sociais e despesas administrativas da organização social, não vinculadas diretamente ao contrato de gestão

A organização social, enquanto pessoa jurídica de direito privado, tem existência anterior à celebração do contrato de gestão. Inclusive, muitas legislações exigem, para a celebração do contrato de gestão, a demonstração de experiência anterior na gestão do serviço público objeto da parceria.

Essa estrutura própria, que condiciona a sua existência enquanto pessoa jurídica de direito privado, não pode ser custeada com os recursos do contrato de gestão. Nessas despesas incluem-se despesas com aluguéis da sede da pessoa jurídica e de filiais, despesas administrativas de água, luz, telefone, da sede e das filiais, despesas com pessoal e remuneração de diretores e outros membros da entidade.

O pagamento dessas despesas com recursos do contrato de gestão vai de encontro à natureza não lucrativa da entidade e da parceria realizada, porquanto caracteriza verdadeira “taxa de administração”, razão por que constituem despesas ilegítimas e lesivas ao erário.

Também não se apresenta legítimo o pagamento de despesas outras administrativas como multas administrativas, multas de trânsito, encargos decorrentes de atraso de pagamentos, não decorrentes da omissão do ente público. Tais pagamentos também assumem a característica de “taxa de administração” incompatível com a natureza não lucrativa da parceria.

2.2. Processos seletivos públicos e impessoais de contratação

Apesar de as legislações das unidades federativas e os respectivos contratos de gestão, inclusive com respaldo no que foi decidido pelo STF na ADI 1923/DF, imporem às organizações sociais, na contratação com terceiros, a adoção de processos de contratação públicos e impessoais a serem realizados com observância de seu regulamento de compras, o qual, por sua vez, também deverá ter em conta os princípios regentes da Administração Pública, não é o que se tem verificado na realidade cotidiana das organizações sociais.

A realização de um processo seletivo público que seja precedido de ampla divulgação com um plano de trabalho em que se explicita a necessidade da contratante, os motivos e os objetivos da contratação, o objeto do contrato, suas especificidades, quantitativos de serviços, preços unitários, prazos de entrega dos bens e serviços, condições de execução contratual, de pagamento e outras especificidades indispensáveis à boa execução contratual, que parametrizem o instrumento contratual, revela-se indispensável à boa gestão da organização social, à transparência dos gastos públicos e ao controle dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

A realização de um processo de contratação que observe esses delineamentos possibilitará, por ocasião da execução contratual, a verificação da compatibilidade entre o que foi contratado e o que foi entregue pelo contratado, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, em consequência da legitimidade do pagamento.

Entretanto, não é o que, em regra, tem-se verificado nas contratações realizadas por organizações sociais. Processos seletivos realizados sem publicidade, sem pesquisas precedentes de mercado, deflagrados com a proposta de uma ou poucas empresas, escolhidas previamente e contatadas diretamente, sem divulgação da contratação, têm sido a prática comum nas contratações realizadas por organizações sociais.

2.3. Contratos sobrepostos para prestação de serviços

Consequência da falta de realização de processos seletivos públicos, impessoais, com a exposição de um plano de trabalho baseado em estudos que identifiquem a necessidade da organização social contratante, o objeto a ser contratado e todas as suas especificidades, condições de execução contratual, pesquisas de mercado que parametrizem o valor da contratação, preços unitários e quantitativos de serviços contratados é a celebração de contratos diversos, com pessoas jurídicas diversas, com o mesmo objeto e para o atendimento da mesma necessidade, sobrepostos no tempo, a indicar a utilização das contratações como forma de desvios de recursos públicos.

A observância do que foi pontuado no item anterior revela-se, portanto, de vital importância para a transparência, adequação e legitimidade dos gastos realizados pela organização social e prevenção de desvio de recursos públicos, especialmente por esse mecanismo de contratação sobreposta de bens e serviços.

2.4. Contratos de gestão administrativa – Pejotização

Como já obtemperado, em linhas volvidas, a contratação de pessoal por interposta pessoa jurídica tem sido uma perniciosa realidade no âmbito das organizações sociais. No âmbito de serviços administrativos do contrato de gestão, a contratação por interposta pessoa jurídica tem se revelado também bastante lesiva à boa gestão dos serviços públicos contratados e à indispensável fiscalização, tanto pela unidade pública gestora do contrato como pelos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

Com a rubrica – contrato de gestão administrativa e outras subclassificações (gestão documental, gestão de processos administrativos, gestão de macroprocessos administrativos, assessoria administrativa em gestão de projetos, acompanhamento e implementação do projeto de administração, gerenciamento dos macroprocessos institucionais financeiros, serviços de compartilhamento das identificações e definições dos macroprocessos institucionais etc.²) – têm, as organizações sociais, contratado pessoas físicas para as funções burocráticas ou técnicas mais diversas, por vezes sem nenhuma exigência de formação específica, por valores vultosos, sem possibilidade de identificação da atividade efetivamente desenvolvida, em razão dos termos genéricos e indefinidos dos contratos, exatamente porque objetivam mascarar a real atividade contratada, o quantitativo de trabalho prestado e o seu valor praticado no mercado e no âmbito da Administração Pública.

Ou seja, por meio de contratos de prestação de serviços sem parâmetros de mercado, exatamente pela falta de precisão de suas cláusulas, ocultam-se verdadeiras relações empregatícias de pessoal administrativo por valores bem superiores àqueles que seriam praticados num contrato de trabalho, sem nenhuma possibilidade de verificação de adequação e razoabilidade da despesa e do pagamento.

A falta de precisão na descrição contratual do serviço a ser prestado, associada à falta do plano de trabalho que explicita a necessidade da contratação, inviabiliza não somente a verificação sobre a efetiva prestação do serviço contratado, como dificulta a verificação acerca da necessidade da contratação, da adequação do preço pago aos valores de mercado e praticados no âmbito da Administração Pública e constitui, assim, mecanismo de desvio de recursos públicos com relevante potencial lesivo ao erário.

2.5. Contratos de consultoria de gestão

Incomuns não são as contratações, por valores vultosos, com empresas para a prestação de serviços de consultoria em gestão, também com objetos vagos, indefinidos, cujos serviços são pagos, também, sem medição dos serviços.

Além dos vícios que, em regra, contaminam tais contratações no âmbito das organizações sociais, decorrentes da falta de transparência da contratação, importante pontuar que a contratação desse tipo de serviço, no âmbito de uma organização social contratada pelo Poder Público para a gestão de serviços públicos, vai de encontro com a própria essência da parceria, uma vez que a entidade privada, qualificada como organização social, é contratada pelo Poder Público em razão da *expertise* de gestão que em tese possui, o que afasta a legitimidade dessas contratações.

2 Esses foram termos retirados de contratos celebrados por organizações sociais com terceiros.

2.6. Contratos de serviços advocatícios

A contratação de serviços advocatícios é outro ponto que está a exigir atenção, tanto do órgão público supervisor do contrato de gestão como dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

O exercício da atividade de gestão traz em si riscos que, em razão da parceria e da sua finalidade, em tese, não lucrativa, devem ser assumidos também pelo Poder Público. As demandas judiciais estão dentro desse risco da atividade. Entretanto, se é certo que as demandas judiciais se incluem no risco da atividade, correto é também que muitas decorrem do agir ilícito da organização social e, em relação a elas, não se revela lícito, nem moral, que arque o Poder Público.

O estabelecimento de regramentos mais precisos sobre a possibilidade e os limites para o custeio, com recursos do contrato de gestão, de despesas com honorários advocatícios e contratos advocatícios é medida que se impõe, especialmente diante de um quadro, já desnudado em várias unidades da Federação, de celebração de contratos advocatícios, por valores vultosos, mediante pagamentos mensais, sem processos seletivos que garantam a impessoalidade e a economicidade, sem nenhum regramento quanto às atividades englobadas pelo contrato.

2.7. Contratos de *compliance*

A escolha do parceiro privado para a celebração de contratos de gestão para a gestão de serviços públicos tem como pressuposto a *expertize* do parceiro privado na boa gestão do serviço objeto da parceria. A existência de um programa de boa gestão, baseado na integridade, é, portanto, inerente à parceria e pressuposto dela. Constitui, portanto, condição preexistente e necessária à escolha e manutenção do parceiro privado na gestão pública, razão por que não se revela razoável nem moral a celebração de contratos, custeados com recursos do contrato de gestão para o desenvolvimento e acompanhamento de programas de *compliance*.

Além de ilegítimas, tais despesas têm se revelado completamente inúteis diante da imensa gama de irregularidades na gestão dos recursos públicos, decorrentes da falta de transparência da atuação das organizações sociais, o que deveria ser o centro dos programas de integridade da organização social.

2.8. Contratos de assessoria de imprensa e divulgação

Incompatíveis com o objeto pactuado são as despesas com serviços de comunicação e publicidade, assessoria de imprensa e outros como planejamento estratégico de relações com a mídia, monitoramento, gestão e intercomunicação em redes sociais (*Facebook, Twiter, Instagram, site YouTube*), monitoramento de notícias em jornais, revistas, *sites* e outros meios de comunicação, para o fim de propaganda e promoção institucional da organização social, porquanto, além de ferir o princípio da impessoalidade, estão em total desacordo com os fins do contrato de gestão.

2.9. Pagamentos de dívidas trabalhistas de empresas terceirizadas pela organização social, por meio de acordos trabalhistas

Interessante mecanismo de desvio de recursos públicos por parte da organização social está na assunção, de forma direta, em acordos trabalhistas, da dívida trabalhista de empregados de empresas terceirizadas (quase sempre vinculadas a dirigentes das organizações sociais ou agentes políticos), com recursos do contrato de gestão.

Não se revela legal nem moral a assunção direta, e não na condição de responsável subsidiário, após o reconhecimento formal da subsidiariedade, em ação própria, da responsabilidade pela dívida trabalhista de empresas terceirizadas contratadas pela organização social, com recursos públicos. Ademais, nos casos em que se verificaram esses pagamentos, não foi adotada, pela organização social, a providência de obter do devedor principal o pagamento do débito.

A assunção voluntária de dívida trabalhista pela organização social, decorrente da relação de emprego entre o empregado e a empresa terceirizada, constitui ato antieconômico e imoral, porquanto os valores decorrentes dos encargos trabalhistas já integram o preço pago pelo serviço prestado pela empresa terceirizada, razão por que, ao assumir tal dívida, o ente público arca com despesas em duplicidade.

2.10. Despesas com passagens aéreas e hospedagens de membros da OS, dirigentes e pessoal administrativo

A utilização de recursos públicos para o pagamento de despesas com viagens (passagens aéreas, hospedagens e diárias) de membros, dirigentes e pessoal administrativo da organização social somente pode ser admitida se prevista no plano de trabalho da organização social, integrante da proposta vencedora e dentro de estritos limites, indispensáveis à efetividade da prestação dos serviços públicos geridos.

Por essa razão, necessário que tais despesas sejam precedidas de explícita fundamentação e demonstração da necessidade, bem como coberta pela transparência, indispensável a todos os atos de gestão da organização social.

2.11. Despesas com passagens aéreas e hospedagens de sócios e empregados de empresas terceirizadas

A utilização de recursos do contrato de gestão para ao pagamento de despesas de deslocamento e hospedagem de integrantes de empresas terceirizadas prestadoras de serviços para a organização social, especialmente se ausente previsão contratual, é de todo ilegítima. Isso porque, em regra, as despesas com deslocamento de empregados das empresas prestadoras de serviços já integram o preço do serviço terceirizado contratado.

Ademais, a admissão de cláusulas nos contratos de prestação de serviços que permitam o pagamento de despesas tais fora do preço contratado revela-se antieconômica, especialmente diante da existência de propostas outras que não agreguem tais despesas no preço final contratado.

O pagamento de tais despesas tem se revelado outro mecanismo de desvio de recursos e ganho por parte de integrantes das organizações sociais, com a transferência de despesas que integram o custo da atividade desenvolvida ou de despesas próprias, para o ente público, especialmente diante dos vínculos das empresas terceirizadas com integrantes da organização e agentes políticos.

2.12. Contratos de aquisição de medicamentos, materiais e insumos

No âmbito da aquisição de medicamentos, materiais e insumos, as irregularidades encontradas não diferem daquelas que se verificam no âmbito da Administração Pública. Aquisições por preços superiores aos praticados no mercado e aos valores praticados pela própria Administração Pública são recorrentes.

Outra irregularidade comum verifica-se na entrega de produtos com especificações diversas daqueles adquiridos ou de qualidade inferior, mais baratos do que os produtos adquiridos, com emissão de nota fiscal não correspondente ao produto entregue e devolução parcial de valores pagos para os integrantes da organização social.

Controle de estoques, verificação de entradas e saídas de produtos do fornecedor e análise de documentos fiscais são providências úteis para a verificação dessas irregularidades.

Aquisição de produtos em quantidade superior à necessidade do serviço, com apropriação ou desvio dos produtos, por meio, inclusive, da não entrega do produto, tendo em vista que muitas empresas pertencem, de modo indireto, a integrantes das organizações sociais ou a agentes públicos, é mecanismo outro de apropriação/desvio de recursos públicos praticados no âmbito de organizações sociais.

2.13. Financiamento de campanhas eleitorais

Como já dito no início do item 2, toda a “rede” que se desenvolve em torno da celebração e execução de contratos de gestão tem como objetivo não somente o enriquecimento ilícito de integrantes das organizações sociais, pessoas a elas ligadas e agentes públicos, mas especialmente o financiamento de campanhas eleitorais.

Esse financiamento muitas vezes era realizado por meio de doações eleitorais de empresas prestadoras de serviços contratadas pelas organizações sociais. Diante da vedação imposta de doações eleitorais por pessoas jurídicas, o mecanismo de financiamento tende a se desenvolver de forma sub-reptícia, por meio do famoso caixa 2.

Diligências para a identificação dos sócios, vínculos societários, análise da contabilidade das empresas, identificação de eventuais pessoas físicas e jurídicas com ela contratantes, quebras de sigilo fiscal e bancário são diligências úteis para detectar o real destino dos recursos públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão de serviços públicos por meio de parcerias com o terceiro setor é uma realidade que está a exigir dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública esforços conjugados para a esmerada fiscalização, com vista a adequada prestação do serviço público gerido e na higidez do patrimônio público.

A contradição ínsita ao modelo, como já enfatizado, é algo que tem de ser superada ou ao menos minimizada para reduzir o potencial lesivo que as parcerias com entidades privadas têm representado ao patrimônio público. Enquanto isso não se dá, necessário o constante aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização, os quais, por certo, não são aptos a abranger toda a atuação da organização social, sob pena de se tornar mais oneroso que o próprio serviço público gerido.

Mas a adoção de medidas conjugadas, especialmente preventivas e em intercâmbio de informações entre órgãos de controle interno e externo, pode minimizar o potencial lesivo de uma parceria mal-intencionada.

De outro lado, uma atuação dos órgãos de controle que imponha à unidade pública gestora do contrato a adoção de mecanismos efetivos de fiscalização da execução dos contratos aptos à identificação e coibição da má gestão, com acompanhamento, inclusive, do grau de endividamento e de liquidez da organização social, é medida que se impõe.

Também, especial relevo assume a fase de qualificação de entidades privadas como organizações sociais e a própria escolha do parceiro privado para a realização da parceria, como medida preventiva, especialmente diante do fato de que, uma vez desviados os recursos públicos, dificilmente conseguirá o ente público ressarcir-se em razão da incapacidade patrimonial e financeira das organizações sociais de arcar com os danos decorrentes da má gestão de seus dirigentes.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE E A AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DO SERVIÇO

Márcia Lustosa Carreira

Promotora de Justiça – MPRJ.

No mundo ideal, a maior conquista do Ministério Público quando da atuação junto ao gestor da saúde, no que se refere ao quesito avaliação da qualidade do serviço prestado por uma organização social, seria a inserção de controles eficientes nos documentos que norteiam a fase da seleção pública de organizações sociais, além do contrato de gestão propriamente dito.

Tal abordagem preventiva de irregularidades já é objeto de outros tópicos deste manual. Entretanto, para iniciar, acredito que vale a pena reforçar alguns aspectos importantes referentes à fiscalização da qualidade dos serviços prestados pelas organizações sociais, que uma atuação preventiva ajudaria muito a equacionar.

Caso seja possível ao promotor de Justiça atuar em momento anterior à celebração de um novo contrato de gestão pelo ente público, de modo a fazer com que se adotem modelos de documentos que tenham estipulações claras e que facilitem a verificação da qualidade dos serviços prestados durante a execução destes, esse será o cenário perfeito.

Esse tipo de atuação poderá ocorrer quando o membro do Ministério Público tiver ciência de que o prazo de vigência de um contrato de gestão de determinada unidade de saúde por organização social está prestes a vencer. Também é possível uma atuação preventiva quando se tiver a notícia de que o gestor público está cogitando realizar processo público de seleção de Organizações Sociais para gerirem uma unidade de saúde pela primeira vez.

Em tais casos, o promotor de Justiça poderá instaurar um procedimento e iniciar tratativas visando à inserção pela gestão de cláusulas contratuais e dispositivos em que sejam estipulados: 1) Indicadores de desempenho conforme o perfil de cada unidade de saúde; 2) Metas de gestão fortes a serem atingidas (quantitativas e qualitativas); 3) Fixação de remuneração em parcela fixa e variável, sendo o pagamento dessa última vinculado ao atingimento das metas estipuladas no contrato, de

forma a evitar o dispêndio de recursos públicos em caso de não cumprimento das obrigações pela organização social. Se o contrato não fizer previsão de remuneração fixa e variável, analisar se há outra cláusula contratual que, ao menos, disponha sobre mecanismo de aferição do desempenho da organização social e sobre a rescisão do contrato nos casos em que o mínimo esperado não seja alcançado em um número dado de ocasiões seguidas ou alternadas; 4) Fixação de fórmula clara para o cálculo dos valores a serem repassados para a organização social, a depender dos percentuais atingidos em relação às metas quantitativas e qualitativas; 5) Nomeação de integrantes de comissão permanente de fiscalização do contrato de gestão, com a obrigatoriedade de que esta execute análises de conformidade na execução contratual com periodicidade a intervalos curtos, preferencialmente mensal, *in loco* e por meio de análise de documentos. Tal comissão deve ser integrada por servidores efetivos, que possuam formação em áreas de conhecimento que os permitam avaliar o cumprimento dos diversos aspectos do contrato (médicos, enfermeiros, contadores, etc.); 6) Estipulação de fluxo de trabalho bem definido e ágil para o trâmite dos relatórios da comissão de fiscalização do contrato, de modo que eventuais irregularidades e ausência de cumprimento de metas efetivamente resultem em glosa de valores ou em outras penalidades previstas.

Dessa forma, deve constar do termo de referência do contrato de gestão o exato caminho que os relatórios produzidos pela comissão deverão seguir, até que o gestor dê ou não por cumpridas as obrigações contratuais em dado período.

Nessa fase, o Ministério Público pode se valer amplamente de instrumentos extrajudiciais tradicionais como a recomendação e o termo de ajustamento de conduta para tentar alcançar o objetivo de moldar um conjunto de documentos cujas disposições favoreçam a prestação de serviços de saúde de qualidade pelas organizações sociais.

Sabe-se, porém, que nem sempre é possível ao promotor de Justiça trabalhar de modo a prevenir a ocorrência de irregularidades na fase de execução de um contrato de gestão. Há grandes chances de que a situação que chega ao conhecimento dele gire em torno de contrato de gestão já em execução, contra o qual já pesem denúncias de má qualidade na prestação dos serviços.

Se essa for a hipótese que se apresenta, independentemente de não haver no termo de referência, no contrato de gestão ou no plano de trabalho, cláusulas contratuais ou disposições como as mencionadas linhas acima, ou outras tendentes a garantir uma eficiente fiscalização da qualidade do serviço, será primordial que o promotor de Justiça: 1) Solicite visita de fiscalização a órgão técnico tal como GATE, CREMERJ, VISA, etc., para formar o seu convencimento sobre a real qualidade dos serviços prestados pela organização social de forma independente; 2) Solicite que o gestor envie os relatórios da comissão de fiscalização do contrato, eis que esses, mesmo que de qualidade duvidosa, geralmente são produzidos para possibilitar a liberação do pagamento mensal à organização social; 3) Verifique se os fiscais estão sinalizando em seus relatórios mensais as possíveis inconformidades, inclusive e principalmente aquelas que podem implicar em glosa nos valores devidos a título de remuneração variável.

É fundamental que os relatórios das comissões de fiscalização de contratos de gestão possuam *check list* que cubra todos os itens previstos no termo de referência/plano de trabalho do contrato de gestão, tais como: 1) A quantidade de profissionais de saúde encontrada (verificação de cumprimento da escala previamente anunciada); 2) A adequação dos serviços realizados por

terceirizados (refrigeração, manutenção de equipamentos, limpeza, nutrição, fornecimento de gases medicinais, etc.); 3) Gestão de medicamentos e insumos (quantidade em estoque, validade, etc.); 4) Produção assistencial (números de atendimentos, procedimentos realizados, exames laboratoriais, etc.); 5) Mapa de pacientes nos leitos; 6) Informações referentes à regulação (quantitativo de vaga zero e de saídas reguladas via Núcleo Interno de Regulação da unidade); 7) Relatório de notificações compulsórias; 8) Alimentação dos sistemas informatizados do Ministério da Saúde.

Além disso, os relatórios periódicos produzidos pelas referidas comissões devem conter uma parte conclusiva na qual seja efetivamente avaliado se a organização, no período em análise, atingiu o desempenho mínimo esperado e, por conseguinte, alcançou o patamar desejado de qualidade de serviços prestados. Na sequência, a parte conclusiva do relatório deve conter cálculo do valor a ser repassado para a organização social no período avaliado, realizado com base na fórmula previamente fixada no termo de referência.

A busca da qualidade dos serviços prestados pelas organizações sociais, aliada à verificação da economicidade, deve ser sempre o norte da atuação do Ministério Público. Para que o Parquet consiga se desincumbir dessa missão, é crucial investir todos os esforços na questão da fiscalização dos contratos de gestão.

Só com a existência de algum mecanismo que impeça a organização social de receber totalmente os valores contratados em caso de má prestação de serviço é que os representantes legais e técnicos das organizações sociais vão se empenhar para que seja mantido um padrão de qualidade. Dessa forma, impedem-se ainda eventuais danos ao erário.

Importante lembrar o que dispõe a Lei nº 9.637/98 sobre o tema:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

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. § 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de

notória capacidade e adequada qualificação. § 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Nesse ponto vale mencionar, a título meramente ilustrativo, o Contrato de Gestão nº 36/2013 (Chamamento Público nº 01/2013 do Município de Queimados/RJ), que foi objeto de apreciação pelo TCE/RJ no Processo nº 215.760-4/13. Em tal processo, a corte de contas indicou a ocorrência das seguintes irregularidades, entre outras: 1) Cobertura de despesas com pessoal da área administrativa e saúde (CLT), em detrimento da realização de concurso público para a investidura dos recursos humanos necessários à operacionalização do objeto proposto no contrato de gestão; 2) Celebração de contrato para a contratação de profissionais da área de saúde, e não de serviços; 3) Atribuir indevidamente a nota máxima à meta atingida pela contratada na parcela variável 2, considerando que nas planilhas com as estatísticas de atendimento resta demonstrado que muitas das metas estipuladas não foram alcançadas, gerando pagamento a maior no valor de 85.221,45 UFIR-RJ à Associação de Saúde Social Humanizada.

No que se refere à terceira constatação feita pelo TCE/RJ em tal processo, valem alguns comentários.

De acordo com a Cláusula 5º do Contrato de Gestão nº 36/2013:

Cláusula quinta – Acompanhamento, Avaliação e Fiscalização

O presente contrato será acompanhado e fiscalizado por comissão de monitoramento e avaliação, especificamente constituída para esse fim, a qual fará, a cada período de 03 (três) meses, a consolidação e análise do desenvolvimento das atividades inerentes ao trimestre findo, elaborando relatório circunstanciado para a avaliação e pontuação dos indicadores de qualidade que poderá condicionar o pagamento do valor da parte variável descrita na cláusula oitava deste contrato [...]

Parágrafo quinto - Semestralmente, a contratante procederá à análise das quantidades de atividades assistenciais realizadas pela contratada, verificando e avaliando os desvios (para mais ou para menos) ocorridos em relação às quantidades estabelecidas neste contrato de gestão.

Parágrafo sexto - Da análise referida no item anterior, poderá resultar uma repactuação das quantidades de atividades essenciais ora estabelecidas e seu correspondente reflexo econômico-financeiro, efetivada através de termo aditivo ao contrato de gestão, acordada entre as partes nas reuniões para ajuste semestral e anual do contrato de gestão.

De acordo com a análise feita pelo corpo técnico do TCE no Processo nº 215.760-4/13, as metas previstas no anexo técnico do contrato poderiam ser revistas e alteradas mediante termo aditivo. Entretanto, tal alteração não ocorreu. Não havia no contrato em questão a previsão de que se pudesse efetuar o pagamento integral da remuneração variável se a meta não fosse alcançada. Também não havia previsão no sentido de que se pudesse efetuar uma compensação de metas não alcançadas em um mês pelo eventual excesso verificado em outros períodos. Apesar de tudo isso, em diversos meses, embora muitas das metas previstas no contrato não tenham sido atingidas, a comissão de avaliação do contrato a elas atribuiu nota máxima de forma a permitir que a contratante recebesse integralmente a parcela variável da remuneração prevista na avença, totalizando um

repassse indevido no valor de 85.221,45 UFIR-RJ. A rigor, embora as metas do contrato possam ter sido mal dimensionadas, os pagamentos decorrentes da pontuação máxima indevida atribuída não se afiguram como válidos.

Os relatórios produzidos pelos servidores municipais encarregados da fiscalização do Contrato de Gestão nº 36/13 não se prestaram à verificação na prática do cumprimento detalhado deste. Assim, por óbvio, não poderiam servir de base confiável para embasar a liquidação das despesas alegadas pela organização social ou o pagamento das parcelas variáveis da remuneração prevista no contrato, conforme inclusive foi constatado pelo TCE no Processo nº 215.760-4/13.

Falhas como as verificadas pelo TCE no contrato de gestão mencionado são extremamente comuns e familiares aos promotores de Justiça com atribuição para a matéria das organizações sociais. Devemos perseguir, a todo custo, o objetivo de fazer com que tais serviços alcancem um padrão de qualidade e se tornem custo-efetivos. A atuação consistente na fiscalização da execução dos contratos de gestão, cobrando o cumprimento das obrigações desta e das organizações sociais, ainda se apresenta como a mais valiosa das vertentes.

A FIXAÇÃO DOS INDICADORES DO CONTRATO DE GESTÃO

Ticiania Andrea Sales Nogueira

Procuradora da República.

Mestre em Direito Administrativo – UFPE.

Neste texto, trazemos alguns apontamentos e orientações aos membros em face à crescente terceirização dos serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS), às Organizações Sociais em Saúde (OSS), relativamente aos indicadores dos contratos firmados, à publicidade e à transparência que a eles devem ser dadas.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente cumpre fazer referência à decisão do relator da ADI 1923 sobre a terceirização de serviços públicos não exclusivos, que devem servir de norte para a pactuação:

É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente a atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; **b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”;** c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada. (Voto do Relator, Ministro Ayres Brito, ADI 1923-DF)

A decisão supratranscrita é o paradigma para a terceirização dos serviços públicos, e o serviço público de saúde, uma vez prestado por meio da Organização Social em Saúde (OSS), deverá ser prestado por meio de contratações submetidas a tais preceitos. Assim, de início já se conclui que os gestores federais, estaduais e municipais devem contratar Organizações Sociais em Saúde sempre pautados nos princípios suprarreferidos. Neste sentido, tem defendido o Ministério Público Federal que, sempre que utilizarem recursos federais no custeio dos serviços a serem prestados, devem os gestores, estaduais e municipais, adotar as regras do Decreto nº 9190/17. Esta norma disciplina a Lei nº 9.637/98, que trata da Organizações Sociais (OS). Há diferenças entre a sistemática legal da qualificação da OS e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS) no âmbito federal, assim como há diferenças entre a sistemática federal, estadual e municipal. Contudo, os critérios desse Decreto podem ser adotados para todas as contratações do terceiro setor em saúde visto que estipulam regras objetivas para tanto. Os gestores podem adotá-lo também como referência em suas contratações sem recursos federais, uma vez que alberga interessante sistemática em todas as etapas da terceirização em saúde.

2. A FIXAÇÃO DE INDICADORES DO CONTRATO DE GESTÃO OU TERMO DE PARCERIA E A COMISSÃO DE AVALIAÇÃO

No que diz respeito à fixação de indicadores no contrato de gestão, por se tratar de um aspecto muito técnico, talvez seja de difícil avaliação pelo membro do Ministério Público (MP), o que não afasta a possibilidade de auxílio de uma equipe técnica que possa promover uma análise específica em apoio ao membro. Abaixo, alguns pontos que podem servir de norte para análise de sua correta fixação no contrato:

Contratos de gestão e termos de parceria devem prever METAS DE EXECUÇÃO E INDICADORES que possibilitem a correta avaliação dos serviços entregues. É importante que haja a fixação do valor dos procedimentos previsto no contrato/acordo com base nos custos previstos pelo Ministério da Saúde - MS (o que consta do seu site e do Departamento de Informática do SUS - DATASUS – vide: sigtap.datasus.gov.br) e que haja igualmente a fixação do valor das aquisições com base no banco de preços do MS¹ com observação das cotações/pesquisas previstas no comprasnet. Caso não se adote tais custos como referência, deve haver justificativa para a não adoção desses referenciais. O Município do Rio de Janeiro tem adotado como boa prática a adesão às suas atas de registro de preços, o que é salutar e pode ser reproduzido pelos demais entes da federação.

A respeito da seleção de indicadores, abaixo guia extraído do Acórdão 3239/2013 do TCU, que usa como referência o Programa de Qualificação de Prestadores de Serviços de Saúde (QUALISS) – fl. 44 do acórdão – da Agência Nacional de Saúde:

266. Na gestão hospitalar, mais especificamente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) instituiu o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar (QUALISS) por meio da Resolução

¹ Banco de preços em saúde (bps.saude.gov.br) – pela Resolução 18, de 20 de junho de 2017, Comissão Intergestores Tripartite (CIT), os entes da federação estão obrigados a alimentar esse banco de dados. No comprasgovernamentais.gov.br também é possível acessar um painel de preços e obter a média do medicamento ou material de saúde.

Normativa ANS 275, de 1/11/2011. O programa “consiste de um sistema de medição para avaliar a qualidade dos prestadores de serviço na saúde suplementar, por meio de indicadores que possuem validade, comparabilidade e capacidade de discriminação dos resultados”.

267. Foram selecionados indicadores de acordo com seis dimensões da qualidade: efetividade, eficiência, equidade, acesso, centralidade no paciente e segurança. Cada indicador foi classificado de acordo com a relevância em duas categorias: essenciais e recomendáveis. Podem-se associar estas dimensões com o atributo da completude, tendo em vista que buscam apresentar uma visão do desempenho dos hospitais sob diferentes ângulos.

268. A informação acerca dos indicadores é obrigatória apenas para os prestadores de serviço que aderirem ao QUALISS, mas a seleção de indicadores essenciais pela ANS é um importante parâmetro de avaliação dos indicadores previstos nos contratos de gestão. A Tabela 1 apresenta os indicadores selecionados pela Agência como essenciais:

Tabela 1: Indicadores essenciais na gestão hospitalar segundo a ANS

Domínio	Indicador
Efetividade / Segurança	Taxa de densidade de incidência de infecção de corrente sanguínea associada a cateter venoso central (CVC)
	Taxa de utilização de cateter venoso central (CVC)
	Implantação de diretrizes e protocolos clínicos
Efetividade	Taxa de mortalidade institucional
	Taxa de mortalidade cirúrgica
	Taxa de mortalidade neonatal por faixa de peso do RN
Eficiência	Taxa de ocupação operacional (geral, maternidade, UTI adulto e pediátrica)
	Média de permanência (geral, maternidade, UTI adulto e pediátrica)
Equidade	Acessibilidade à pessoa com deficiência
	Medidas para garantir nos atendimentos a prioridade aos indivíduos vulneráveis (pessoas com deficiência, idosos, gestantes, lactantes), excluindo urgência/emergência)
Acesso	Acolhimento com classificação de risco no Pronto Atendimento/Pronto Socorro
	Tempo de permanência/ espera dos pacientes na Urgência
Centralidade no Paciente	Satisfação do cliente/ paciente/ usuário
	Monitoramento/ avaliação de queixas, reclamações e sugestões
Segurança	Conformidade com os padrões de cirurgia segura

Fonte: <http://www.ans.gov.br/index.php/espaco-dos-prestadores/qualiss/1575-indicadoreshospitalares>

(...)

284. Entre as metas previstas no contrato, estão previstos alguns dos indicadores considerados como essenciais pela ANS:

a) média de permanência de oito dias;

- b) grau de satisfação do usuário;
- c) máximo de 2,5% de mortalidade hospitalar em relação ao número de internamentos;
- d) taxa de ocupação dos leitos de UTI maior que 90%;
- e) atendimento aos pedidos de consulta no tempo máximo de duas horas.

Os referenciais acima também podem servir para análise de contratos de gestão e termos de parcerias firmados, a fim de avaliar os custos adotados pela OSs.

Ainda no que diz respeito aos indicadores, uma vez que servem para proporcionar a vantajosidade da terceirização firmada e para possibilitar a avaliação do serviço prestado, é indispensável que se recomende aos gestores que criem comissão para avaliar constantemente o contrato. É o que determina o art. 8º da Lei nº 9.637/98.

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.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

A referida comissão deve ser composta de, pelo menos, dois servidores com especialização e/ou experiência em saúde pública, e seus trabalhos devem ser periódicos, ao menos anuais, de sorte a avaliar o cumprimento das metas e dos resultados assim como da manutenção das condições de contratação.

Art. 19 do Decreto nº 9.190/17:

§ 2º A comissão de avaliação prevista no § 2º do art. 8º da Lei nº 9.637, de 1998, avaliará os resultados alcançados pela organização social, nos prazos estabelecidos no contrato de gestão e ao final do ciclo do referido contrato, e encaminhará relatório conclusivo sobre a avaliação procedida à autoridade supervisora.

§ 3º A autoridade supervisora definirá a área responsável pela supervisão dos contratos de gestão dentro de sua estrutura organizacional vigente.

§ 4º O órgão supervisor ou a entidade supervisora emitirá parecer final em cada exercício compreendido no ciclo de vigência do contrato de gestão e terá como base as informações constantes dos relatórios emitidos pela comissão de avaliação e o parecer da auditoria externa sobre os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas da organização social.

A correta inserção de indicadores e a esmerada atuação da comissão que avalia o contrato é imposição legal, mas é também ponto indispensável ao sucesso da terceirização adotada e indispensável ferramenta para *accountability*. É sabido que a prestação de contas é um dos pilares da sistemática de terceirização de serviços públicos e é, ainda, indispensável para o controle exercido pelo MP e pela sociedade.

Embora a exigência legal seja clara, prevista também na Lei geral das contratações públicas, a Lei nº 8666, é mais que usual não haver nenhuma comissão ou servidor responsável pela avaliação das metas e dos indicadores, quando fixados no contrato. Mais usual ainda é não haver nenhuma qualificação técnica por parte de servidores destinados à referida avaliação.

3. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES E NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DAS OSS

Outro ponto que não se pode deixar de levar em conta na atuação do MP face à terceirização, e que é inafastável para a salutar prestação dos serviços de saúde transferidos, é a transparência no uso dos recursos recebidos pela OSS e sua destinação. A concretização do princípio da transparência é importante meio de controle SOCIAL e atende ao princípio do *accountability* presente na sistemática da terceirização dos serviços públicos não exclusivos. Neste esteio, tem o Ministério Público Federal (MPF) recomendado² que os recursos transferidos às OSS e as suas destinações estejam devidamente acessíveis ao público e aos órgãos de controle. Almeja-se, com isto, a submissão das entidades aos princípios da administração pública, submissão esta destacada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) reproduzida no início deste texto, cujo teor expressamente se refere aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da economicidade, da publicidade, da transparência. Ademais, objetiva-se ao cumprimento de preceito legal destinado a todo ente que receba recursos públicos.

Isso porque a Lei nº 12.527/2011 (que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal), em seu art. 2º, aduz que devem respeitar a referida Lei, no que couber, as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

² Íntegra de recomendação sobre o tema pode ser obtida no site da 1ª CCR do MPF e é de autoria da Procuradora da República Sílvia Regina Ponte (PR/PE).

Insta, portanto, que o MP exija das entidades do terceiro setor dedicadas ao serviço público de saúde que apresentem, caso ainda não os tenham, seus portais de transparência em que constem suas escolhas e aquisições (publicação de seus regulamentos de aquisições e cotações), onde constem seus relatórios de gestão, seus quadros e respectivas contratações de pessoal, garantindo-se que haja prestação de contas de seus gastos e serviços, à comunidade.

Está expresso na Lei nº 12.527/2011, destaque-se, que as entidades devem disponibilizar relatório trimestral da execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados e as respectivas justificativas para o caso de não atingimento das metas (art. 8º, §1º, incisos II e III, da Lei Federal nº 12.527/2011). Tais dados devem ser exigidos e devem constar dos respectivos portais.

Além disso, há que se exigir o mesmo do ente público repassador dos recursos, uma vez que a referida lei imputa, em seu art. 8º, aos órgãos e entidades públicas o dever de “promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira.

Por derradeiro, e como consequência da necessidade de transparência na gestão dos recursos públicos em saúde, é importante recomendar aos gestores que só realizem a transferência de recursos federais por meio de instituições oficiais. Decisão Acórdão TCU 3373/2012:

promova a migração de suas contas, atualmente no Bradesco, para banco oficial do governo em conta específica do convênio ou contrato de gestão, atendendo aos preceitos contidos na Portaria Interministerial nº 507/2011 e no Decreto 7.507/2011, assim como o princípio da indisponibilidade do interesse público (item 18);

Tal providência se faz imperiosa para que o membro possa futuramente avaliar o repasse das verbas e sua execução pelo ente privado contratado/conveniado. Tanto Banco do Brasil quanto Caixa Econômica têm compromissos com o MPF na visualização de tais recursos e movimentações de contas específicas. Pode ser adotado o modelo de recomendação sobre portais da transparência disponível no site da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF - CCR (material do GT Saúde).

A Lei Complementar nº 141 também determina a destinação dos recursos federais às entidades terceirizadas por meio de instituições oficiais:

Art. 13. (VETADO).

§ 1º (VETADO).

§ 2º Os recursos da União previstos nesta Lei Complementar serão transferidos aos demais entes da Federação e movimentados, até a sua destinação final, em contas específicas mantidas em instituição financeira oficial federal, observados os critérios e procedimentos definidos em ato próprio do Chefe do Poder Executivo da União.

Embora essa regulamentação (parte final do parágrafo) ainda não exista, é importante que o acórdão do TCU suprarreferido, o decreto e a portaria neste mencionados sejam respeitados.

FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL E FINANCEIRA – ÔNUS DA PROVA, INTEGRIDADE E CONTROLE CONCOMITANTE NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS DAS OSS

Élida Graziane Pinto

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo. Pós-doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV). Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD/UFMG).

1. INTRODUÇÃO

O fomento ao terceiro setor é medida complementar de operacionalização das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), na forma do art. 199, §1º, da Constituição de 1988.

A pretexto de atuarem em parceria com o Estado na consecução de interesses públicos comuns, pessoas jurídicas privadas sem finalidade lucrativa – direta ou indiretamente – administram e/ou se beneficiam de recursos públicos e, portanto, sujeitam-se ao dever de prestar contas a que se refere o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (CF).

Do ponto de vista do Direito Financeiro, aludido fomento ocorre tanto por meio de subvenções e/ou contraprestações pecuniárias oriundas de negócios jurídicos em sentido amplo, quanto por meio de incentivos fiscais. Para além de qualquer particularidade de regime jurídico da despesa (aqui incluído o crédito subsidiado) ou da renúncia de receita, sempre haverá a necessidade de controle do percurso dos “dinheiros, bens e valores públicos” geridos descentralizadamente pelas mais diversas espécies de entidades do terceiro setor.

Ao dever universal de prestar contas, inscrito constitucionalmente no parágrafo único do art. 70, soma-se o dever de provar o regular emprego dos recursos públicos de que trata o art. 93

do Decreto-Lei 200/1967, que é exigido não só da Administração Pública, mas de todos os que com ela se relacionam.

Desse modo, o manejo de recursos públicos por pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem finalidade lucrativa, impõe-lhes submissão objetiva ao regime jurídico administrativo do próprio ciclo orçamentário. Aludida sujeição é proporcional ao volume de recursos públicos envolvidos, de modo que quão maior a dependência de repasses governamentais, maior será o influxo publicístico sobre o modo de atuação das entidades que deles se beneficiam.

Vale reprimir: a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, operacional e patrimonial prevista constitucionalmente obedece a critério objetivo, porque lhe é indiferente quem subjetivamente se relaciona com o erário. O que importa é o percurso do dinheiro público dentro do ciclo orçamentário em seu triplo assento principiológico: legalidade, economicidade e legitimidade, na forma do *caput* do art. 70 da Constituição de 1988.

No contexto ora examinado, as entidades do terceiro setor, a despeito da sua personalidade jurídica de direito privado, são compelidas aos deveres de conformidade e integridade (*compliance*) e se despem da larga liberdade do seu regime civilístico, quando se beneficiam de repasses de recursos públicos a qualquer título.

Dito de outro modo, as inafastáveis finalidades constitucionais de prevenção da corrupção e de preservação do erário pressupõem distribuição ampla do ônus probatório e sujeição universal ao dever de prestar contas, o que impacta estruturalmente as possibilidades de controle prévio e concomitante das parcerias com o terceiro setor no âmbito do SUS.

Uma vez ausente ou insuficiente a comprovação do manejo adequado dos recursos públicos, resta assumido o risco administrativo de que atos lesivos à Administração Pública possam vir a ser imputados às pessoas jurídicas privadas (com ou sem finalidade lucrativa), que se relacionem a qualquer título com aquela. Dessa confluência normativa é que decorre a razão de ser da responsabilidade objetiva inscrita na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Neste estudo, pois, o foco de análise recai sobre a responsabilidade das entidades do terceiro setor de prestarem higidamente contas da sua atuação complementar no SUS e de se desincumbirem do ônus probatório do regular emprego dos recursos públicos por elas manejados, até mesmo para fins de integridade e conformidade, a que se refere o art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

Para cumprir tal desiderato é que se dividiu o estudo em três capítulos, incluída esta introdução, sendo que, no capítulo seguinte, será maturada a tese de que o controle de integridade das entidades beneficiárias de repasses na área da saúde, aferido a cada liquidação de despesa, deve ser explorado – pelo Ministério Público brasileiro – como mais um relevante instrumento de contenção dos riscos de burla e fuga ao regime jurídico administrativo.

Na conclusão, espera-se fomentar o debate, em busca de segurança jurídica compartilhada nas parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor na área da saúde, acerca do seu devido processo de prestação de contas.

O norte a ser buscado é o de um ciclo dinâmico, plurilateral e tempestivo de cruzamento de dados e análise de riscos, a cada ato formal de liquidação de despesa, para que a execução

terceirizada das ações e serviços públicos de saúde seja intertemporalmente consonante com as necessidades de saúde da população em uma equação custo-efetiva.

Sem prejuízo da necessária repressão aos eventuais ilícitos e irregularidades já consumados, as diversas instâncias de controle incidentes sobre as parcerias no âmbito do SUS devem reorientar foco para o monitoramento preventivo e concomitante da execução orçamentária aderente ao planejamento sanitário e às necessidades de saúde da população ali diagnosticadas como norte legítimo da ação governamental.

2. INTEGRIDADE E DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: BALIZAS DE CONTROLE PARA AVALIAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR QUE ATUAM EM PARCERIA COM O ESTADO NA POLÍTICA PÚBLICA

As prestações de contas de repasses ao terceiro setor na política pública de saúde são marcadas, em regra, por uma grande e severa fragilidade estrutural de avaliação de custos e resultados. A bem da verdade, a própria concepção inicial do serviço não é objetiva e consistentemente bem formulada no planejamento sanitário.

Daí advém a execução discricionária e errática de toda sorte de repasses ao terceiro setor, sem filtros qualitativos e quantitativos de avaliação da adequada aplicação dos recursos em face das reais necessidades de saúde da população.

Em estudo publicado em novembro de 2017 sobre opções de ajuste fiscal¹, o Banco Mundial assim se posicionou quanto à ineficiência alocativa na política pública de saúde brasileira:

O SUS poderia oferecer mais serviços e melhores resultados de saúde com o mesmo nível de recursos se fosse mais eficiente. O SUS enfrenta desafios que exigem profundas reformas no sistema. As reformas precisarão solucionar os desafios atuais (qualidade, eficácia e ineficiências) e preparar o sistema para desafios futuros (envelhecimento da população e o crescente ônus de doenças crônicas). Cinco áreas exigirão atenção:

- (i) **Racionalização da rede de prestação de serviços, especialmente a rede hospitalar, para atingir um melhor equilíbrio entre acesso e escala (eficiência).** Mais especificamente, isso exigiria **a redução do número de hospitais de pequeno porte (a maioria dos hospitais brasileiros tem menos de 50 leitos, e por volta de 80% têm menos de 100 leitos – quando o tamanho ótimo estimado varia 150 e 250 leitos para alcançar economias de escala).** O estudo estima em R\$1,3 bilhões por ano as ineficiências na MAC apenas nos municípios com 100% de hospitais de pequeno porte. [...]
- (ii) **Incentivar o aumento da produtividade dos profissionais de saúde.** Isso exigiria implementar **políticas de remuneração vinculadas a qualidade e ao**

¹ Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>.

desempenho, como pagamento por desempenho. O estudo estima ganhos de eficiência de R\$2,9 bilhões caso a produtividade média dos profissionais de saúde no Brasil alcançasse a média dos países da OCDE. A nível primário de atenção aumentar a produtividade também vai exigir um aumento da força de trabalho, não apenas médicos. Evidência anterior demonstra que o Brasil poderia aumentar seu nível de cobertura pré-natal, com o mesmo nível de gastos, caso adota-se um processo de produção mais intensivo em profissionais de enfermagem do que em médicos. Além disso, será importante promover a padronização da prática médica através da adoção de protocolos clínicos como forma de reduzir variação nos diagnósticos e tratamento (para facilitar o controle de custos e o aumento da eficácia dos tratamentos).

(iii) **Reforma dos sistemas de pagamento dos prestadores de serviços de saúde para melhor refletir os custos dos serviços e focar nos resultados de saúde. O sistema de pagamento por Grupo de Diagnósticos Relacionados (ou Diagnostic-Related Group, DRG) tem resultado em ganhos de eficiência e controle de custos em outros países.** No Brasil, o sistema AIH/SIA poderia ser gradualmente convertido em um sistema DRG.

(iv) **Melhora da coordenação do sistema por meio da integração de serviços diagnósticos, especializados e hospitalares, bem como os sistemas de referência e contra-referência. Reforçar e expandir a cobertura da atenção primária, com o estabelecimento da atenção primária como porta de entrada ao sistema (gate keeping). Isso reduziria o número de hospitalizações (em aproximadamente 30%) e reduziria gastos – nos estimamos em R\$1,2 bilhões os gastos com internações por causas sensíveis a atenção primária apenas para doenças cardiovasculares.** Além disso, é preciso melhorar a integração entre os sistemas público e privado de forma a evitar a duplicidade de esforços, a competição pelos limitados recursos humanos, a escalada dos custos e o aumento das desigualdades.

(v) **Redução dos gastos tributários com saúde: Gastos tributários representam 30.5% dos gastos federais em saúde concentrados em descontos no IRPF (R\$9.6 bilhões ano) e hospitais filantrópicos (R\$7.4 bilhões ano).** Esses gastos são altamente regressivos, e não há nenhuma justificativa aparente para a obrigatoriedade de o governo pagar pelo atendimento privado de saúde aos grupos mais ricos da população. (grifos acrescentados ao original)

Em vez de avançar sobre a correção das iniquidades suscitadas pelo Banco Mundial, fortalecendo o planejamento sanitário e a atenção primária de saúde, a realidade, contudo, no cotidiano da fiscalização contábil e financeira dos repasses ao terceiro setor no âmbito do SUS tem sido a de pagamentos por estimativa para unidades de serviço não necessariamente prestados no atendimento ambulatorial e/ou hospitalar. Sobrelevam os controles formais e as despesas ineficientes, com risco de desvios e capturas.

Precisamente essa, aliás, é a conclusão do presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das Organizações Sociais de Saúde – instaurada² no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de

2 Como se lê em: <<https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idLegislatura=18&idComissao=1000000225>>.

São Paulo e cujo relatório foi apresentado no dia 12 de setembro de 2018³ –, Deputado Estadual Edmir Chedid (DEM), para quem: **as entidades beneficiárias de tais repasses NÃO se sentem obrigadas a prestar contas**⁴.

Interessa aqui primordialmente resgatar – com hígidez – a necessidade de as entidades do terceiro setor provarem sua integridade, até para os devidos fins da Lei Anticorrupção e dos arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015 (que a regulamentou), por meio da distribuição compartilhada do ônus da prova quanto ao manejo regular dos recursos públicos, perante as instâncias de controle e ao longo de um devido processo de prestação de contas. Segundo o Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão 1522/2016-Plenário,

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do art. 373 da Lei 13.105/2015 (CPC), aplicada às peculiaridades da atividade de controle externo, competindo:

- a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam;
- b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal.

O perfazimento do devido processo de comprovação do atendimento aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade é esforço que, no âmbito do SUS, não pode ser preterido ou executado de forma meramente protocolar e vazia. Isso porque a insuficiência do atendimento à população na via ordinária cada vez mais tem saturado – por vezes de forma iníqua – a resposta judicial excepcional.

Vale lembrar, por oportuno, que a maior demanda oriunda da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das OSS da Assembleia Legislativa de São Paulo (Alesp) foi enfática e devidamente registrada na própria conclusão do seu relatório: “é preciso conferir maior transparência às informações e procedimentos que sustentam o modelo, reforçando o controle interno, o controle externo e o controle social”.

Ora, aferições estáticas e formais sobre a economicidade e a integridade das despesas públicas (incluídos aqui os gastos tributários) tanto simplificam quanto fragilizam o processo de avaliação sobre a conformidade das ações governamentais realizadas em face dos seus custos verificados e resultados alcançados (ou não).

Um aspecto pontual do impasse, mas que guarda severa repercussão para as parcerias com o terceiro setor, é o controle dos custos em face dos resultados verificados e, por conseguinte, seu reflexo direto ou indireto nos preços praticados pelas entidades que, de fato, indiquem ausência de finalidade lucrativa e defesa do interesse comum na consecução das ações e serviços públicos de saúde.

3 Noticiado em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/12/cpi-das-oss-aprova-relatorio-apos-retirar-denuncias-contra-governador-de-sp-e-secretario.ghtml>>.

4 Como se pode ler em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/entidades-nao-se-sentem-obrigadas-a-prestar-contas-diz-presidente-da-cpi-das-oss/>>.

Tradicionalmente a avaliação sobre a consonância dos preços com a média praticada no mercado se resumiria apenas ao momento da seleção das propostas e da adjudicação do objeto à entidade vencedora do chamamento público. Mas, sob o enfoque do controle concomitante, é preciso que haja compromisso permanente e dinâmico com a comprovação atualizada de economicidade e de integridade ao longo da execução da parceria, o que deve ser exigível não só dos gestores públicos, mas também dos beneficiários de repasses no âmbito do terceiro setor (seja a que título jurídico se der a relação de parceria).

Nesse contexto, impõe-se a revisão do caráter majoritariamente estanque e formalista das cláusulas contratuais, para que haja parâmetros de remuneração variável atrelada ao desempenho efetivo, tanto em cada parceria quanto no volume consolidado de repasses por cada entidade, no intuito de majorar a aderência ao planejamento sanitário, bem como a transparência ativa e o cruzamento sistemático de dados.

Mais do que pagar unitariamente por serviços em cada negócio jurídico isoladamente celebrado com cada entidade do terceiro setor, é necessário conceber uma avaliação global de desempenho das pessoas jurídicas beneficiárias de repasses, comparando-as, expondo-as ao escrutínio público e fomentando o aperfeiçoamento da sua relação com o Estado por meio de prêmio de produtividade, mediante metas de cobertura progressiva da demanda reprimida, redução amplamente divulgada dos custos e redução das internações por condições sensíveis à atenção básica.

Ao longo da execução orçamentária, tal aferição é diuturna, porque o dever de provar a economicidade do ajuste se renova a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do objeto para fins de liquidação da despesa e alcança necessariamente a pessoa jurídica privada contratada/conveniada/beneficiária do repasse a qualquer título.

Contratos, convênios, termos de parceria e quaisquer outras nomenclaturas de ajustes celebrados pelo Estado devem ser submetidos a avaliações periódicas de economicidade e integridade a cada etapa de aferição do seu cumprimento. Aqui o ônus da prova — no sentido propugnado pelo art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 — é, em primeiro e destacado plano, do particular contratado perante o servidor responsável pelo acompanhamento e fiscalização do ajuste.

Segundo os ditames gerais do art. 73 da Lei 8.666/1993, a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do contrato devem ser analisadas e atestadas a adequação do objeto aos termos contratuais nos casos de obras e serviços bem como a qualidade e a quantidade dos materiais fornecidos nos casos de compras e locação de equipamentos.

Ou a entidade do terceiro setor comprova que executou adequada e economicamente o objeto pactuado, ou não é possível aferir a sua conformidade para fins do correspondente termo circunstanciado de recebimento provisório ou definitivo, o qual deve ser assinado conjuntamente pelo Estado e pela organização. Tampouco se pode passar ao ato da liquidação da despesa, considerando que é nesse momento em que se verifica “a origem e o objeto do que se deve pagar” e “a importância exata a pagar”, nos exatos termos dos incisos I e II do § 1º do art. 63 da Lei 4.320/1964. Cabe, portanto, ao gestor público avaliar o serviço prestado pela entidade e o *quantum* financeiro a

ela devido e confrontar tais dados com os valores médios de mercado e com a prestação direta do serviço, extraindo daí a conclusão sobre a vantajosidade da aplicação.

A necessidade de se buscar regime jurídico mais dinâmico para a comprovação de economicidade e vantajosidade de forma concomitante à execução do objeto contratual fez, por exemplo, com que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011) estabelecesse a possibilidade de remuneração variável atrelada ao desempenho do particular, assim como previu a figura de um “contrato de eficiência” em que a Administração Pública espera obter maior economia, remunerando o particular conforme o percentual da economia gerada, como se pode ler, respectivamente, nos seus artigos 10 e 23.

Certo é que o Estado precisa manejar os instrumentos que a legislação já lhe oferece para questionar a formação dos custos e os preços praticados pelas entidades do terceiro setor que com ele se relacionam no âmbito do SUS, para majorar o alcance das metas concebidas no planejamento sanitário, diante do diagnóstico complexo de necessidades de saúde da população e da insuficiência de recursos que financiam a saúde pública brasileira.

Qualquer polarização maniqueísta entre o Estado que realiza a despesa e a entidade do terceiro setor que dela se beneficia tende a limitar o alcance do dever universal de prestação de contas inscrito no art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988. Todos, rigorosamente todos os que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos devem prestar contas, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas.

Daí porque é ingênuo e juridicamente frágil sustentar que os problemas da má qualidade do gasto público e da própria corrupção estejam centrados exclusiva ou primordialmente no Estado e nas suas mazelas organizacionais.

Com o advento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), emergiu o horizonte preventivo dos sistemas de integridade e *compliance* a serem criados no âmbito das pessoas jurídicas privadas — com ou sem finalidade lucrativa —, no intuito de se tentar comprovar objetivamente a alegação de boa-fé em investigações de casos de corrupção em que as empresas e as entidades do terceiro setor se vissem, porventura, envolvidas em suas relações com o Estado. Interessante, aqui, resgatar a forma como Fernando Facury Scaff⁵ se posicionou a respeito do tema:

[...] É como se o Estado dissesse às empresas [e às entidades do terceiro setor]: ‘Previne o **teu pessoal** nas relações com o **meu pessoal**, a fim de evitar que caiam na tentação da corrupção, de lado a lado’. Daí por que se afirma que as empresas devem se **autorregular**, ou seja, criar as normas internas para evitar o efeito danoso combatido pela lei. E o foco da **autorregulação** é a **autocontenção**, ou seja, conter os agentes privados da tentação de burlar os procedimentos normativos, de tal forma a dificultar a obtenção de vantagens indevidas. [...] Quanto melhor for o sistema de **compliance** adotado pelas empresas [e pelas entidades do terceiro setor], menor será o risco e menor deverá ser a pena, em caso de eventual irregularidade.

5 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>>.

Nesse sentido, os incisos VII e VIII do art. 7º da Lei 12.846/2013 pontuam como aspectos que militariam a favor da defesa das pessoas jurídicas privadas envolvidas em casos de corrupção tanto “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” quanto “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Mas o que seria de se esperar dos órgãos de controle interno das entidades do terceiro setor no âmbito das parcerias que envolvem a política pública de saúde? Apenas exames protocolares de conformidade com o ordenamento a pretexto de incentivo à denúncia de irregularidades? Para serem, de fato, consistentes, os sistemas de integridade e *compliance* das entidades do terceiro setor devem se ocupar de prestar contas — a cada liquidação de despesa — sobre os reais custos e efetivos resultados da parceria celebrada com o Estado, em cruzamento sistêmico de riscos e em esforço de máxima transparência ativa dos dados atinentes às contratações públicas. Somente assim serão alcançados os parâmetros dos incisos V a VIII do art. 42 do Decreto 8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013.

É premente que se devolva às entidades do terceiro setor a responsabilidade de atestarem a ausência de finalidade lucrativa, mediante mecanismos de comprovação tempestiva de que os preços praticados e os resultados entregues nas relações com o Estado estão consonantes com os respectivos custos e com as finalidades contratadas/ajustadas.

Assim, a comprovação de economicidade e a verificação de legitimidade (aqui entendida como cumprimento das metas de custo-efetividade e resolutividade do planejamento sanitário) dos repasses não podem ficar adstritas somente ao momento formal de seleção das propostas no chamamento público e, por conseguinte, ao momento de celebração do ajuste com a entidade. Economicidade e aderência ao planejamento sanitário devem ser aferidas a cada recebimento provisório do objeto e, portanto, a cada ato de liquidação da despesa, com análise permanente dos riscos de desconformidade que a Lei Anticorrupção busca conter.

Aliás, é também no momento da liquidação que a entidade do terceiro setor beneficiária de repasses presta contas de sua atuação e comprova que executou o serviço de forma adequada e integral, sem conflito de interesses ou remunerações exorbitantes ao seu quadro de pessoal. Somente o exaurimento do ônus da conformidade com os princípios constitucionais e ditames legais aplicáveis afasta, assim, o peso da responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção. Sobre o assunto, Pinto e Spinelli⁶ manifestaram-se:

Não se trata, portanto, de entender a lei como mais um ônus imposto às empresas [e às entidades do terceiro setor] brasileiras, já sufocadas por uma enxurrada de exigências legais e tributárias. Mas de reconhecer que a luta contra a corrupção, por razões óbvias, não pode estar limitada ao setor público e que as empresas [e entidades do terceiro setor] também deverão instituir procedimentos eficazes para coibir práticas irregulares.

6 Inteiro teor disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/lei-anticorrupcao-impoe-empresas-corresponsabilidade-prestar-contas>>.

A responsabilidade objetiva prevista na lei caso sejam apurados atos irregulares e ilícitos decorre do risco assumido pela empresa de não conseguir se desincumbir do aludido dever bilateral de prestar contas. Sem isso, ela não pode ser liberada das suas obrigações contratuais, nem tampouco pode ter atestada a sua aptidão de receber do Estado o quanto lhe é devido. (grifo acrescido ao original).

Ou se fomenta a noção de *compliance* estendida ao longo de toda a parceria e, em especial, a cada liquidação da despesa para fins de comprovação tempestiva de economicidade, ou se presume a irregularidade da despesa, na forma do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 e até mesmo do *caput* do artigo 113 da Lei 8.666/1993, haja vista a falta de comprovação plena do regular emprego de recursos públicos.

Para que o acompanhamento dinâmico da execução dos ajustes celebrados pelo Estado com o terceiro setor cumpra o seu objetivo, deve a Administração, em cada ato de liquidação de despesa, aferir a idoneidade econômico-financeira e jurídica do objeto contratual/convenial prestado porque o está a receber provisoriamente, nos termos do art. 73, I, alínea "a", da Lei 8.666/1993. Por outro lado, deve a entidade do terceiro setor promover, em sítio eletrônico próprio, ostensiva e atualizada divulgação de todos os seus custos (inclusive a relação nominal dos funcionários e respectiva remuneração custeada com recursos públicos), bem como do seu desempenho conforme as metas pactuadas com o poder público, à luz do dever de atingimento recíproco do planejamento sanitário.

A postura de ambos (ente público e entidade do terceiro setor) nas liquidações ocorridas durante a execução do ajuste deve, pois, estar focada na observação e vistoria do objeto liquidado de forma a comprovar sua adequação aos termos pactuados. Tal observação envolve, por óbvio e especialmente, a checagem acerca da aderência a quesitos nucleares de conformidade com o ordenamento e de desempenho qualitativo por parte da pessoa jurídica parceira, para fins de aferição de custos e resultados.

Ora, preços superfaturados e pagamento por bens não entregues, remunerações acima do teto do serviço público, subcontratações onerosas ou em situação de conflito de interesses, serviços não prestados ou obras não realizadas na quantidade e qualidade avançadas são dramaticamente exemplos rotineiros de o quanto ainda se está longe dos parâmetros de conformidade e integridade preconizados na Lei Anticorrupção.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, tal contexto de fragilidade gerencial e de severos riscos de malversação dos escassos recursos sanitários torna ainda mais premente e necessário que o Ministério Público e todos os demais órgãos de controle busquem compelir as entidades do terceiro setor a assumirem – fática e efetivamente – a corresponsabilidade, junto ao próprio Estado, pela prova tempestiva de economicidade e integridade das despesas liquidadas em seu favor. Não cabe, pois, tergiversar quanto ao dever diuturno de explicitar custos que perfazem os preços praticados e ao dever de contraste dos resultados verificados em face das metas planejadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como debatido ao longo deste breve ensaio, os processos de prestação de contas dos repasses ao terceiro setor na política pública de saúde promovidos pelos diversos entes da federação se ressentem da ausência de um devido processo que ateste, de forma transparente e simples, a razoabilidade da equação entre custos e preços praticados em face dos resultados verificados. Os custos são opacos, os preços não são módicos e os resultados são ineficientes, notadamente diante da necessidade de se reduzir a elevada demanda reprimida e de se justificar o custo de oportunidade da resposta ambulatorial/ hospitalar dada a precária e insuficientemente baixa resolutividade da atenção primária de saúde.

Não obstante o fato de haver significativa concentração dos repasses para pequeno número de entidades beneficiárias, os processos de prestação de contas – tramitados sempre em caráter individual e com dados avaliados isoladamente – ignoram a necessidade premente de:

1. evidenciação dos riscos de remunerações cumulativas (a título de honorários e/ou pagamento de assessoria jurídica/contábil etc.) e, portanto, dissonantes com o regime do art. 37, XI, da CR/1988;
2. aferição do ganho de escala para fins de redução de custos administrativos na operacionalização de cada contrato de gestão/convênio/termo de parceria ou qualquer outra espécie de liame negocial e no controle consolidado do número global de negócios (*lato sensu*) por entidade beneficiária (controle do total de recursos públicos administrado por cada CNPJ);
3. cruzamento do desvio padrão dos preços praticados em todos os repasses de mesma espécie, por mês de liquidação e pagamento da despesa, para fins de controle preventivo em face de pleitos por aditivos contratuais ou por novos incentivos fiscais em busca de majoração dos repasses;
4. gestão de demanda reprimida para ampliação prospectiva dos atendimentos na rede;
5. sujeição das entidades do terceiro setor aos deveres de transparência ativa, integridade e prestação de contas perante todas as instâncias cabíveis de controle; e, por fim,
6. controle de qualidade dos resultados operacionais do atendimento ambulatorial e hospitalar, com a redução das internações por condições sensíveis à atenção primária de saúde.

Em última instância, busca-se suscitar a necessidade de se exigir, em face de todos os gestores públicos responsáveis e das entidades do terceiro setor, a adoção das seguintes balizas nucleares nos instrumentos jurídicos que avalizam os repasses e em seus respectivos processos de prestação de contas:

- (i) aderência ao planejamento sanitário, na forma do art. 36 da Lei 8.080/1990, do art. 2º, II, e do art. 30, ambos da Lei Complementar 141/2012;

- (ii) demonstração do caráter estritamente complementar e comprova o da vantajosidade do repasse em rela o   execu o direta, na forma do art. 199,  1 , da Constitui o de 1988, dos arts. 4 ,  2 , 8 , e 24 da Lei 8.080/1990 e do art. 16 da Lei 4.320/1964;
- (iii) obediência ao teto remuneratório, em consonância com o art. 37, XI, da Constitui o de 1988, no somatório global mensal dos pagamentos feitos aos funcionários das entidades com recursos públicos na forma de salários, honorários e quaisquer espécies remuneratórias;
- (iv) devido processo isonômico e impessoal de sele o da entidade, na forma do julgamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal   ADI 1923/DF julgada pelo STF e do Acórdão TCU 3239/2013-Plenário;
- (v) regramento de subcontrata es/quarteiriza es com controle de devido processo de sele o e evidencia o de custos, nos mesmos moldes da própria parceria celebrada entre Estado e entidade do terceiro setor;
- (vi) veda o de conflito de interesses e nepotismo, em respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade;
- (vii) transparência ativa, na forma do art. 2  da Lei 12.527/2011;
- (viii) controle de custos e resultados, por meio do contraste entre metas físicas e financeiras constantes do plano de trabalho e a execu o dos indicadores de processo e resultado da parceria em painel de acompanhamento simultâneo divulgado no sítio eletrônico tanto do ente público (caráter global de todas as parcerias em andamento e dados unitários de cada qual), quanto da entidade do terceiro setor (com dados consolidados de todos os recursos públicos recebidos e por cada vínculo negocial isoladamente);
- (ix) comprova o da efetiva ausência de finalidade lucrativa, por meio do exame em pertinente matriz de risco de indicadores extraídos da confluência dos itens (iii), (v) e (viii);
- (x) gestão do ganho de escala operacional e restri o   forma o de oligopólios, cujo controle se impõe na forma do item (viii);
- (xi) remunera o variável conforme parâmetros de qualidade de atendimento e indicadores de otimiza o dos resultados (dentre os quais, por exemplo, cabe citar meta de redu o de interna es por condi es sensíveis   aten o básica de saúde e meta de redu o da demanda reprimida);
- (xii) inclusão da parcela do pagamento referente   remunera o do pessoal que exerce a atividade-fim do ente público nas entidades beneficiárias de repasses ao terceiro setor, no total apurado para verifica o dos limites de gastos com pessoal, na forma do art. 18,  1 , da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional 233/2019 e do Acórdão do Tribunal de Contas da União 1.187/2019-Plenário;
- (xiii) previsão de cláusula contratual que fixe limite prudencial de despesas com pessoal em rela o ao valor total de recursos do contrato de gestão/termo de parceria/convênio etc. e sobre mecanismos de controle sistemático pela autoridade supervisora, sendo ideal que os gastos relativos com subcontrata o de empregados não ultrapassem 50% (cinquenta por

cento) do valor total do contrato de gestão, sendo vedada a subcontratação para execução da atividade especializada de gerenciamento de saúde;

(xiv) vedação de terceirização do planejamento sanitário, das atividades relativas aos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias e da regulação dos serviços no âmbito do SUS; e, por fim, mas não menos importante,

(xv) dever de hígida prestação de contas aos órgãos de controle interno, social e externo, o que significa, por exemplo, (1) que as minutas de edital de chamamento público e respectivo contrato devem ser analisadas e aprovadas pelos conselhos de saúde; (2) a apresentação ao ente contratante, ao conselho de saúde e ao controle externo de relatório executivo com os nomes dos diretores da remuneração de todos os cargos e funções ocupadas, frequências e ausências por cargo/função totalizadas em dias, horas e valores; (3) fiscalização de filas, reclamações dos usuários e trabalhadores, abastecimento de medicamentos e materiais até mesmo como cláusula de remuneração variável relativa à qualidade do serviço prestado; (4) garantia de fiscalização *in loco* aos membros do respectivo conselho de saúde; (5) condicionamento dos pagamentos mensais à devolução ou compensação de sobras de caixa da entidade beneficiária do repasse relativas ao mês anterior.

Cumpra-se reiterar aqui que o desafio presente é o de tornar dinâmico, concomitante, transparente e plurilateral o devido processo de prestação de contas. Não se pode mais controlar os repasses havidos no âmbito do SUS apenas na forma de exame posterior de pagamentos unitários por serviços em cada negócio jurídico isoladamente celebrado com cada entidade do terceiro setor.

O desafio presente é o de promover avaliação global de desempenho das pessoas jurídicas beneficiárias de repasses, comparando-as, expondo-as ao escrutínio público e fomentando o aperfeiçoamento da sua relação com o Estado por meio de prêmio de produtividade, mediante metas de cobertura progressiva da demanda reprimida, redução amplamente divulgada dos custos e redução das interações por condições sensíveis à atenção básica.

Provar a integridade do manejo de recursos públicos no ciclo orçamentário é algo que interessa difusamente a todos os interessados. Desse modo, abre-se caminho para o compartilhamento do dever de defesa do erário e de alcance adequado das finalidades constitucionais da política pública de saúde.

Ao reorientar foco sobre o ônus plurilateral da prova e o dever de integridade, em suma, abre-se caminho para novas possibilidades de atuação preventiva e concomitante do Ministério Público no que se refere ao controle da aplicação dos recursos do SUS. Testar tais caminhos é – de fato – um horizonte de construção dialogada com todos os atores envolvidos em prol da máxima eficácia do direito fundamental à saúde e sua melhor consecução operacional no seio ordinário da própria política pública.

FISCALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO NA ÁREA DE SAÚDE

Ana Cristina D. B. F. Tostes Ribeiro

Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Vice-Coordenadora Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (Conap).

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

Procurador do Ministério Público do Trabalho. Membro Auxiliar da Corregedoria do Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho. Coordenador Substituto Eventual da Conap.

Carolina Mercante

Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Coordenadora Nacional da Conap.

A Constituição da República de 1988 (CRFB/1988) situa os direitos trabalhistas no rol dos direitos sociais considerados fundamentais e ressalta a valorização do trabalho humano no capítulo destinado à ordem econômica, referendando a relevância do papel do trabalhador como pilar do desenvolvimento econômico-social e da reconstrução da democracia nacional.

Entre os direitos que integram o patamar civilizatório mínimo de todo trabalhador, seja ele celetista ou estatutário, está o direito à proteção da saúde, da segurança e da higiene em seu ambiente de trabalho.¹

¹ Art. 7º, XXII, da CRFB/1988.

O Brasil também assumiu compromissos internacionais em matéria de proteção à saúde do trabalhador quando ratificou a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)², que dispõe sobre a obrigatoriedade de todo Estado-membro signatário “formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho”.

Nesse contexto jurídico, os profissionais da saúde merecem a atenção do Ministério Público brasileiro, devendo ser promovidas ações articuladas com vistas a fiscalizar unidades de saúde e propiciar que o trabalho nesses ambientes seja desenvolvido em condições dignas.

No setor da saúde e sobretudo nos estabelecimentos públicos desse segmento, em regra, os trabalhadores estão inseridos em ambientes com fatores físicos, químicos, biológicos, ergonômicos, sociais, psicológicos e organizacionais capazes de ocasionar riscos à saúde (física e mental). Tais trabalhadores estão expostos a alto grau de insalubridade e ao estresse ocasionado pela natureza do trabalho realizado (caracterizando, em alguns casos, a Síndrome de *Burnout*³).

A área da saúde possui alta acidentalidade com perfurocortantes e inúmeros afastamentos decorrentes de doenças osteomusculares, que vitimam especialmente auxiliares e técnicos de enfermagem que lidam com a movimentação de pacientes. Contudo, a esmagadora maioria desses afastamentos é classificada como auxílio-doença comum e, por isso, não consta nas estatísticas relacionadas a doenças ocupacionais e acidentes de trabalho.⁴

Outras causas de adoecimentos são as jornadas de trabalho extenuantes, as inúmeras situações de terceirização na saúde pública com alta rotatividade dos vínculos de emprego e a falta de perspectiva profissional de trabalhadores terceirizados, além das frequentes “pejotizações”⁵, fatores que aumentam a fadiga, a pressão quanto às exigências de alta produtividade e a instabilidade das relações de trabalho.

Atualmente, os principais parâmetros normativos nacionais em matéria de atenção à saúde do trabalhador da área da saúde são as regras previstas na Norma Regulamentadora (NR) nº 32 do então Ministério do Trabalho e Emprego. Esse conjunto de normas, instituído em 2005, com base em estudos tripartites, estabelece “diretrizes básicas para a implementação de medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde, bem como daqueles que exercem atividades de promoção e assistência à saúde em geral”. Tratam-se de normas que consideram as peculiaridades estruturais e os processos de trabalho típicos do setor da saúde e, embora abranjam diversas áreas de atuação hospitalar, devem ser aplicadas em interpretação sistemática com as

2 Promulgada por meio do Decreto nº 1254/1994.

3 Segundo o Ministério da Saúde, “a Síndrome de Burnout é um estado físico, emocional e mental de exaustão extrema, resultado do acúmulo excessivo em situações de trabalho que são emocionalmente exigentes e/ou estressantes, que demandam muita competitividade ou responsabilidade, especialmente nas áreas de educação e saúde. A principal causa da doença, conhecida também como ‘Síndrome do Esgotamento Profissional’, é justamente o excesso de trabalho. Esta síndrome é comum em profissionais que atuam diariamente sob pressão e com responsabilidades constantes, como médicos, enfermeiros, professores, policiais, jornalistas, dentre outros. Traduzindo do inglês, ‘burn’ quer dizer queima e ‘out’ exterior”. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Síndrome do Burnout: causas, sintomas, tratamentos, diagnóstico e prevenção.** Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

4 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Observatório de saúde e segurança do trabalho: promoção do meio ambiente do trabalho guiada por dados.** Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

5 As “pejotizações” se consubstanciam na contratação de profissionais que criam uma empresa (“pessoa jurídica”) para prestar serviços. Em muitos casos, essa prática pode configurar burla à relação de emprego devido à existência de subordinação, ainda que estrutural, entre o profissional “PJ” e o tomador de serviços.

demais NRs e à luz de outras normas técnicas pertinentes, tais como os regulamentos técnicos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), as regras de proteção e combate a incêndios e as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A propósito da aplicabilidade das normas regulamentadoras aos servidores públicos, a já referenciada Convenção nº 155 da OIT é clara ao estipular que as regras de proteção à saúde dos trabalhadores devem abranger servidores públicos, inclusive quanto a aspectos relativos à saúde mental. Transcreve-se:

Artigo 3

Para os fins da presente Convenção: a) a expressão “áreas de atividade econômica” abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, **inclusive a administração pública**; b) o termo “trabalhadores” abrange todas as pessoas empregadas, incluindo **os funcionários públicos**; c) a expressão “local de trabalho” abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, **e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador**; d) o termo “regulamentos” abrange **todas as disposições às quais a autoridade ou as autoridades competentes tiverem dado força de lei**; e) o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e **mentais** que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho. (Grifos nossos)

Sob essa perspectiva, o Poder Executivo Federal criou o Subsistema Integrado de Atenção à Saúde do Trabalhador (SIASS), por meio do Decreto nº 6833/2009, com o objetivo de “coordenar e integrar ações e programas nas áreas de assistência à saúde, perícia oficial, promoção, prevenção e acompanhamento da saúde dos servidores da administração federal direta, autárquica e fundacional”. E, em 2010, editou a Norma Operacional de Saúde do Servidor (NOSS), com o objetivo de definir diretrizes gerais para a implantação das ações de vigilância aos ambientes e processos de trabalho e promoção à saúde do servidor público federal. Ressalta-se que essa normativa prevê expressamente que:

Art. 11. Compete ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão estabelecer normas complementares, no seu âmbito de atuação, com o objetivo de assegurar a proteção à saúde dos servidores.

Art. 12. **Na ausência de regulamentação legal destinada aos servidores públicos, deve-se buscar referências em normas nacionais, internacionais e informações científicas atualizadas.**

Art. 13. **A observância dessa norma operacional não desobriga os órgãos e entidades do cumprimento de outras disposições ou regulamentos sanitários.**

Art. 14. A norma operacional é de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.⁶ (grifos nossos)

Portanto, infere-se que, se não houver norma específica para servidores públicos federais sobre questões de saúde e segurança do trabalho, devem ser aplicadas as demais normas nacionais

6 Portaria nº 3/2010 do Secretário de Recursos Humanos do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

vigentes sobre a matéria. Também, pelo princípio da simetria, devem as normas regulamentadoras ser observadas por entes públicos estaduais e municipais, haja vista que a CRFB/1988 não diferencia trabalhadores celetistas de estatutários quanto ao direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro.

No âmbito do Ministério Público do Trabalho⁷, foi criado o projeto *Saúde na Saúde*, ação coordenada e estratégica com o objetivo de exigir o cumprimento de normas de Saúde e Segurança do Trabalho (SST) em unidades públicas hospitalares em todo o país, especialmente aquelas que tenham os maiores índices de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. O aludido projeto inclui inspeções conjuntas com outros órgãos de fiscalização e entidades parceiras, audiências públicas, celebração de termos de ajuste de conduta e ajuizamento de ações civis públicas, para a regularização das condições de trabalho nessas unidades.

Para que as ações do projeto *Saúde na Saúde* tenham maior efetividade é essencial que órgãos de fiscalização e entidades parceiras na promoção da defesa da saúde dos trabalhadores acompanhem as diligências e estejam presentes em oportunidades de reuniões e debates com gestores públicos. Entre os diversos órgãos de fiscalização que atuam de maneira complementar nessa seara estão: as Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, as Procuradorias do Ministério Público Federal de Defesa do Patrimônio Público, a Inspeção do Trabalho (Auditoria-Fiscal do Trabalho), os órgãos de vigilância sanitária, os conselhos profissionais, tais como os conselhos regionais de enfermagem e os conselhos regionais de medicina, os centros de referência em saúde do trabalhador (Cerests), os corpos de bombeiros militares e a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). No que diz respeito aos órgãos parceiros, podem ser citados os sindicatos das mais variadas categorias profissionais da saúde e os conselhos estaduais de saúde, que vivenciam a realidade cotidiana dos profissionais da área e recebem denúncias constantes de precarização das relações de trabalho no setor.

Previamente às inspeções nas unidades públicas de saúde, é crucial que sejam identificados os problemas mais graves e recorrentes, estruturas de proteção à saúde do trabalhador eventualmente já existentes nessas unidades. Assim, é recomendável que o membro do Ministério Público do Trabalho (MPT) que estiver conduzindo investigação em face de determinado ente público requisite aos gestores responsáveis e aos secretários de saúde documentos exigidos pelas normas de saúde e segurança vigentes.⁸

7 **Atribuição do MPT e Competência da Justiça do Trabalho:** a aplicação da Súmula nº 736 do Supremo Tribunal Federal referenda a competência da Justiça do Trabalho e a atribuição do Ministério Público do Trabalho para atuar em prol de um ambiente de trabalho hígido, independentemente da natureza jurídica do vínculo. A referida súmula estabelece que “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”. **Exemplos de julgados sobre a matéria:** EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NORMAS DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Restando evidenciado que o objeto da ação civil pública diz respeito às condições de segurança, higiene, saúde dos trabalhadores e medicina do trabalho, mesmo no âmbito do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Rondônia, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho. Inteligência da Súmula STF nº 736. Recursos oficial e voluntário desprovidos. (Processo 01167.2006.004.14.00-0. TRT 14, 2ª Turma, Relatora: Juíza Socorro Miranda, Julg. 08.11.2007, DORO 14.11.2007). EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NORMAS JURÍDICAS ASSECURATÓRIAS DA HIGIENE, SEGURANÇA E SAÚDE DO AMBIENTE DE TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para a análise de pretensão atinente à proteção ao meio ambiente de trabalho, independente do regime jurídico a que estejam submetidos os trabalhadores que prestam serviço ao recorrido, Poder Público Estadual, na forma do precedente erigido pela Reclamação nº 3.303-1 do STF. (TRT 1ª R.; RO 0091900-91.2009.5.01.0003; Rel. Des. Fed. Luiz Augusto Pimenta de Mello; Julg. 19/10/2010; DORJ 28/10/2010); (Processo 0091900-91.2009.5.01.0003. TRT 1, 4ª Turma, Relator: Des. Fed. Luiz Augusto Pimenta de Mello, Julg. 19.10.2010, DORJ 28.10.2010).

8 **Documentos comumente requisitados pelo MPT:** Organograma da unidade a ser inspecionada; *Layout/planta* baixa das instalações; Protocolos de procedimento (fluxograma) de acidente de trabalho típico, de trajeto e biológico-perfurocortante; Capacitação referente ao fluxograma de acidente de trabalho; Relação nominal e quantitativa atual de empregados/servidores, discriminados por setor e função; Registro de ações do setor de recursos humanos da unidade, contendo plano de avaliação de desempenho dos trabalhadores e fichas de avaliação; Lista de remanejamento e readaptação de

São de especial importância o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), bem como a relação de nomes e funções dos integrantes do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) e da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

A CIPA e o SESMT, que devem trabalhar permanentemente de forma integrada, são estruturas essenciais, responsáveis pela direção de todo o processo de gestão da saúde e da segurança dos trabalhadores. O PPRA é o mais importante de todos os programas de SST, pois os demais programas são baseados nos riscos nele encontrados. O PCMSO é voltado especificamente à promoção e à preservação da saúde dos trabalhadores. Ambos devem colaborar com o desenvolvimento e implementação do PPRA e do PCMSO, além de outros programas relacionados à SST.

Ressalta-se que a CIPA é um instrumento democrático, pois possui representantes eleitos pelos trabalhadores, que podem servir como canal de comunicação entre gestores e servidores, além de legitimar a importância de que todos observem a legislação sobre SST. Segundo a NR 5, do então Ministério do Trabalho e Emprego, são atribuições dessa comissão:

pessoal contendo setor de origem e setor atual com motivo do remanejamento e data; Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) – vigente; Análise global do PPRA anterior; PCMSO vigente e Relatório Anual dos dois últimos; Relação de nomes e funções dos integrantes do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT); Todos os contratos das empresas terceirizadas, com respectivos PPRA e PCMSO; Relatório de teste hidrostático de extintores; PPCI – Plano de Prevenção Contra Incêndio; Laudo das instalações elétricas; Relação de profissionais habilitados, qualificados e capacitados para atendimento da NR 10, e respectiva qualificação profissional e de registro profissional; Certificados de Capacitação NR 10; Relatório de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos eletromédicos; Relatório de manutenção em subestação transformadora de energia e geradores de energia; Prontuário das instalações elétricas; Plano, registros e laudos de manutenção ou instalação do sistema de proteção contra descarga atmosférica; Programa de manutenção preventiva de máquinas, equipamentos e ferramentas local, no caso de ser realizado por equipe do próprio hospital, ou das empresas contratadas para tal; Registro de inspeções e manutenções em máquinas, equipamentos e ferramentas; Programa de manutenção preventiva do sistema de abastecimento de gases e capelas, com registro individual, assinado pelo profissional que o realizou; Comprovação de atendimento à NR 12 em máquinas encontradas nas Lavanderias e em outros setores, como por exemplo: Calandras, Máquinas de Lavar, Centrífugas e Secadoras (as mesmas devem possuir dispositivos eletromecânicos que interrompem seu funcionamento quando da abertura de seus compartimentos); Análise Preliminar de Risco em conformidade com a NR12; Inventário de máquinas e equipamentos em conformidade com a NR12; Relatório da manutenção preventiva e corretiva em elevadores; Quadro técnico responsável pela manutenção, instalação e operação dos instrumentos hospitalares; Laudo de manutenção dos compressores; Prontuários de fabricação, instalação e de operação da Caldeira; Laudo de inspeção de autoclave; Laudo de Inspeção dos tanques dos gases medicinais; Inspeção veicular das ambulâncias; Contrato de prestação de serviços com empresa ou profissional responsável pela manutenção predial; Plano de manutenção, operação e controle dos equipamentos do sistema de climatização de ar (PMOC) e responsável técnico; Relatório de manutenção das torres de resfriamento; Linha de vida – Projeto, Execução e dimensionamento; Pontos de Ancoragem – Projeto e Execução; Certificados de Capacitação NR 35; Licença ambiental de operação; Relatório da empresa responsável pela coleta, tratamento, transporte e disposição final dos Resíduos de Serviços da Saúde gerados; Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços da Saúde; Programa de Controle de Animais Sinantrópicos; Qualificação e registro profissional do responsável pela Estação de Tratamento de Efluentes (ETE) e Afluentes (ETA); Programa de manutenção corretiva e preventiva de equipamentos utilizados para a administração dos gases ou vapores anestésicos; Programa de manutenção periódica da cabine de segurança biológica Classe II B2 – (área de quimioterápicos antineoplásicos) com indicação de responsável técnico e registro da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART); Qualificação e registro profissional do responsável pelo projeto, fabricação e instalação de cabines de segurança biológicas Classe II B2 nas salas de preparo de quimioterápicos antineoplásicos; Plano de proteção radiológica com indicação de responsável técnico ou, se for o caso, contrato de prestação de serviços com empresa responsável; Projetos de blindagem (proteção coletiva contra radiações ionizantes) referentes aos locais dos serviços de radiologia e/ou diagnóstico por imagem, radioterapia, medicina nuclear e PET/CT; Levantamento Radiométrico (laudo técnico de condições ambientais de trabalho relativo a radiações ionizantes e/ou laudo técnico de insalubridade relativo a exposição a radiações ionizantes) referente aos locais dos serviços de radiologia e/ou diagnóstico por imagem, radioterapia, medicina nuclear e PET/CT; Laudo de Avaliação de EPI contra radiações ionizantes; Laudos dos Testes de Controle de Qualidade em equipamentos eletromédicos emissores de raio-X; Qualificação profissional e registro do responsável pelo programa de Garantia de Qualidade dos Serviços de Radiodiagnóstico Médico; Plano de prevenção de riscos de acidentes com materiais perfurocortantes – PPRAMP; Capacitação e Procedimentos Operacionais em Caso de Ocorrência de Acidentes Ambientais ou Pessoais com quimioterápicos antineoplásicos; Procedimentos operacionais do transporte com material biológico; Planos de Conservação Auditiva (PCA) vigente e anterior; Atas da CIPA; Alvarás de Saúde do hospital (específicos: laboratório, diagnóstico por imagens, UTI, hemodialis, farmácia, agência transfusional/UCT/banco de sangue, oncologia, lactário e cozinha hospitalar); Análise Ergonômica do Trabalho, programas de ergonomia (comitês de ergonomia, treinamentos, adequações e afins); Comunicações de Acidentes de Trabalho (CATs) emitidas nos 12 últimos meses e comprovação de envio para o SUS, respectivas fichas de investigação de acidentes; Relatório de doses de radiação ionizante dos trabalhadores expostos e suas capacitações, relativos aos últimos 12 meses; Relação de acidentes de trabalho e as investigações de acidentes de trabalho da CIPA, dos últimos 12 meses; Investigações de acidentes com materiais perfurocortantes da Comissão Gestora Multidisciplinar, dos últimos 12 meses; Programa de Imunizações dos trabalhadores; Relação nominal de absenteísmos, discriminados por mês, motivo, setor e função, dos últimos 12 meses; Relação nominal de afastamentos, remanejamentos e reabilitações junto ao INSS, discriminados por mês, motivo, setor e função, dos últimos 12 meses; Relação nominal de afastamentos por atestados médicos, discriminados por mês, motivo, setor e função, dos últimos seis meses; Prontuários individuais dos trabalhadores; e Capacitações dos trabalhadores da higienização e escala desses trabalhadores com divisão das tarefas.

a) identificar os riscos do processo de trabalho, e elaborar o mapa de riscos, com a participação do maior número de trabalhadores, com assessoria do SESMT, onde houver; b) elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho; c) participar da implementação e do controle da qualidade das medidas de prevenção necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho; d) realizar, periodicamente, verificações nos ambientes e condições de trabalho visando a identificação de situações que venham a trazer riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores; e) realizar, a cada reunião, avaliação do cumprimento das metas fixadas em seu plano de trabalho e discutir as situações de risco que foram identificadas; f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho; g) participar, com o SESMT, onde houver, das discussões promovidas pelo empregador, para avaliar os impactos de alterações no ambiente e processo de trabalho relacionados à segurança e saúde dos trabalhadores; h) requerer ao SESMT, quando houver, ou ao empregador, a paralisação de máquina ou setor onde considere haver risco grave e iminente à segurança e saúde dos trabalhadores; i) colaborar no desenvolvimento e implementação do PCMSO e PPRA e de outros programas relacionados à segurança e saúde no trabalho; j) divulgar e promover o cumprimento das Normas Regulamentadoras, bem como cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, relativas à segurança e saúde no trabalho; l) participar, em conjunto com o SESMT, onde houver, ou com o empregador da análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados; m) requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores; n) requisitar à empresa as cópias das CAT emitidas; o) promover, anualmente, em conjunto com o SESMT, onde houver, a Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho - SIPAT; p) participar, anualmente, em conjunto com a empresa, de Campanhas de Prevenção da AIDS.

O SESMT tem por objetivo promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no ambiente de trabalho, indicando ao empregador as medidas a serem tomadas para a prevenção de acidentes e doenças ocupacionais. Suas atribuições estão previstas na NR 4 do então Ministério do Trabalho e Emprego.

O MPT tem fomentado cursos de capacitação para procuradores e servidores, de modo a possibilitar que sejam detectadas falhas corriqueiras, porém graves, em relação a documentos apresentados por unidades hospitalares.

Um exemplo é a verificação quanto ao potencial de eficácia de um PCMSO. Tal documentação deve conter visão epidemiológica e visar à efetiva prevenção de adoecimentos. Para tanto, o PCMSO, além da exigência de exames médicos periódicos e imunização dos trabalhadores, deve evidenciar que o médico do trabalho responsável tem acesso à história clínica de todos os profissionais abrangidos pelo programa, inclusive sobre situações não ocupacionais como hipertensão, diabetes, obesidade mórbida e alergias, para o fim de elaborar programas de saúde que os atendam e recomendar, individualmente, condutas preventivas e acompanhamentos

especializados. Essa conduta contribui para diminuir o absenteísmo. Ademais, manter controle estatístico de agravos em cada setor da unidade hospitalar é uma forma eficaz de desenvolvimento de políticas e de percepção de problemas ambientais.⁹

Outro aspecto que deve ser alvo de atenção é a forma como as equipes de engenharia e medicina do trabalho e as CIPAS das unidades de saúde avaliam as causas dos acidentes de trabalho ocorridos. A esse respeito, sugere-se a leitura do Guia de Análise de Acidentes de Trabalho, confeccionado pelo então Ministério do Trabalho e Emprego. Transcreve-se parte essencial desse manual:

Uma análise adequada revela a rede de fatores em interação e evidencia os fatores subjacentes e latentes. Análises que se encerram nos fatores imediatos identificados na proximidade da ocorrência do evento não contribuem para evitar que outros acidentes ou incidentes ocorram. Somente com a identificação dos fatores subjacentes e latentes, que propiciam a existência dos fatores imediatos, será possível adquirir conhecimento capaz de eliminar ou controlar o risco de ocorrência de outros eventos adversos. Lidar apenas com fatores imediatos resulta no máximo em mudanças superficiais, mas, com o tempo, os fatores subjacentes e latentes que não foram abordados podem gerar condições para que outros eventos adversos ocorram, possivelmente com consequências mais sérias. É essencial, portanto, que os fatores imediatos, subjacentes e latentes sejam identificados e resolvidos. Os fatores latentes geradores de eventos adversos são quase invariavelmente falhas de gestão, organizacionais ou de planejamento. Análises devem ser conduzidas para a prevenção de acidentes e não para procurar culpados. As pessoas se tornam defensivas e não cooperativas quando se busca, ainda que indiretamente, atribuir culpa.

Estudos demonstram que as pessoas não são livres para escolher suas ações dentro de um processo de trabalho, pois essas ações são influenciadas por questões gerenciais e administrativas, além de cognitivas e psicológicas. O importante não é identificar os erros do trabalhador, mas conhecer as razões que tornaram os erros possíveis. Investigações que concluem que “falhas humanas” causaram eventos adversos, além de óbvias, são frágeis tecnicamente, inadequadas e superficiais. Paralelamente à falha humana, há fatores subjacentes e latentes que criam um ambiente no qual “erros humanos” são inevitáveis. O objetivo é estabelecer não apenas como os eventos adversos ocorrem, mas entender os fatores que possibilitaram a ocorrência. Um defeito na concepção de uma máquina, por exemplo, vai se perpetuar como fator gerador de eventos adversos independentemente da instalação, operação e manutenção da máquina serem adequadas. Devem ser evitadas análises parciais e conclusões apressadas. Supor saber as respostas e explicações para o evento antes de completar a análise compromete o resultado.¹⁰

9 Essas considerações fazem parte de proposta de atuação elaborada, em 2019, pelo Procurador do Trabalho (hoje, aposentado) Ricardo Wagner Garcia, quando foi Gerente Nacional do Projeto Saúde na Saúde/MPT. (PGEA/MPT nº 20.02.0001.0001706/2019-25).

10 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Guia de análise de acidentes de trabalho**. Brasília: MTE, 2010.

Nas inspeções promovidas pelo MPT, são vistoriados, em regra, os seguintes setores das unidades hospitalares: setor de radiodiagnóstico, lavanderia (áreas suja e limpa), refeitório, cozinha, comissão de controle de infecção hospitalar (CCIH), central de materiais esterilizados (CME), enfermarias, laboratórios de análises clínicas, pronto atendimento, setor de manutenção de equipamentos, caldeiras e abrigo de resíduos.

Entre as irregularidades frequentemente detectadas estão: a ausência de equipes responsáveis pela gestão em SST; a ausência de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); a ausência de programas de prevenção a acidentes e doenças ocupacionais; a ausência de capacitação de trabalhadores em SST; o não fornecimento de equipamentos de proteção coletiva e equipamentos de proteção individual; a ausência de manutenção de maquinários; altas temperaturas nos ambientes; a subnotificação de acidentes de trabalho; a ausência de mensuração de sujeição à radiação ionizante; o acondicionamento irregular de resíduos sólidos, como, por exemplo, a não separação de lixo comum e lixo infectante; o alto índice de afastamentos por adoecimentos; a grande quantidade de acidentes com perfurocortantes; jornadas de trabalho excessivas; o subdimensionamento das equipes de enfermagem; além da ausência de monitoramento das condições de trabalho dos profissionais terceirizados.

Especificamente quanto à ausência de imunização dos trabalhadores, medida fundamental para inibir a transmissão e a disseminação de doenças imunopreveníveis nas unidades de saúde, estudos científicos demonstram ser recomendáveis as seguintes vacinas: “Hepatite B, Influenza, Tríplice Viral, Varicela, BCG, Contra Difteria e Tétano, Contra *Pertussis* (Tríplice Bacteriana acelular do tipo adulto – dTpa), Contra Meningocócica, Contra Hepatite A e Anti-pneumocócica”.¹¹

Vale destacar que o Guia de Imunização, elaborado pela Associação Nacional de Medicina do Trabalho e pela sociedade brasileira, para os anos de 2018 e 2019, traz explicações técnicas sobre a importância de vacinações a profissionais da saúde, tais como:

Vacina contra Hepatite B

IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO DO TRABALHADOR

Recomendada para todos os profissionais que tenham **risco de contaminação com sangue e outros fluidos corporais, inclusive todos os trabalhadores lotados em serviços de Saúde**, coletores de lixo doméstico, e outros. **Para os profissionais da Saúde é obrigatória a realização de sorologia 30-60 dias após a vacinação, de modo a se ter certeza da soroconversão.** A vacinação de bloqueio de contactantes é muito eficaz e pode proteger o indivíduo já infectado e, a depender da situação, pode, ainda, ser recomendado o uso de imunoglobulina específica.

Vacina contra coqueluche (*Pertussis*)

IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO DO TRABALHADOR

A coqueluche é doença reemergente em escala mundial, de transmissão respiratória e com expressivo número de casos acontecendo no Brasil. **A recomendação para profissionais da Saúde lotados em unidades de neonatologia e pediatria é formal, bem como para aqueles que atendem pacientes com pneumopatias crônicas,**

11 SANTOS FILHA, Suzana Maria dos. *Vacinas recomendadas para profissionais que trabalham em serviços de saúde*. Salvador: Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, 2015.

pelo risco de transmitirem a Bordetella pertussis para pessoas que apresentam risco aumentado de complicações da infecção.

Vacina contra Varicela

IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO DO TRABALHADOR

Está recomendada para todos os profissionais suscetíveis que tenham risco aumentado de infecção com o vírus varicela zóster, tanto para proteção individual como para proteção das pessoas com risco aumentado de complicações, que sejam assistidas pelo profissional. **Ressalta-se aqui a recomendação da vacinação de profissionais da Saúde que trabalham nas unidades de neonatologia e pediatria, e para aqueles que atendem pacientes imunodeficientes.** Também recomendada para outros profissionais que têm contato direto com crianças pequenas, como cuidadores, babás, auxiliares de creches etc. Em casos de surto, está recomendada a vacinação de bloqueio.¹² (Grifos nossos)

Importa ainda ressaltar que, para a garantia da efetividade dos programas relativos à saúde ocupacional, é necessário que a equipe do SESMT da unidade pública de saúde tenha acesso às informações relativas aos trabalhadores das empresas terceirizadas no que se refere à saúde e segurança do trabalho desses trabalhadores, monitorando o cumprimento das normas vigentes. É oportuno frisar que determinada inconformidade com a norma pode gerar danos não apenas aos trabalhadores terceirizados, mas a todos os profissionais da unidade e, inclusive, a pacientes e acompanhantes (exemplo: descarte inadequado de resíduos, que importe em risco de transmissão de infecções). Ademais, se houver descumprimento de uma norma de SST pela empresa terceirizada, deverá ser aplicada multa administrativa, decorrente do descumprimento das obrigações constantes no contrato de prestação de serviços.

Indubitavelmente, a má condição do ambiente de trabalho dos profissionais da saúde impacta na qualidade do serviço público prestado, acarretando prejuízos de grande envergadura para os trabalhadores e para o sistema de saúde pública como um todo. Por isso, a necessidade de atuação articulada entre os diferentes ramos do Ministério Público (MP) para que sejam abordados os mais variados aspectos, causas e consequências de uma gestão ineficiente em matéria de SST.

Por todo o exposto, conclui-se ser fundamental a concentração de esforços dos ramos do MP para exigir a regularização das condições ambientais de trabalho em unidades públicas de saúde, mediante a eliminação, minimização ou controle de riscos e a criação de política permanente e sustentável, em cada estabelecimento, de prevenção aos danos à saúde e segurança dos trabalhadores.

12 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO; SOCIEDADE BRASILEIRA DE IMUNIZAÇÕES. **Guia de imunização** 2018/2019.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO; SOCIEDADE BRASILEIRA DE IMUNIZAÇÕES. **Guia de imunização** 2018/2019.

GARCIA, Ricardo Wagner. **Proposta de reformulação do Projeto Saúde na Saúde**. PGEA/MPT nº 20.02.0001.0001706/2019-25. Brasília: MPT, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Síndrome do Burnout**: causas, sintomas, tratamentos, diagnóstico e prevenção. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Guia de análise de acidentes de trabalho**. Brasília: MTE, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Saúde na saúde**: manual de atuação da Conap. ÁSFORA, Marcela de Almeida Maia; CAVALHEIRO, Ruy Fernando Gomes Leme (coordenadores). Brasília: MPT, 2014.

_____. **Observatório de saúde e segurança do trabalho**: promoção do meio ambiente do trabalho guiada por dados. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

SANTOS FILHA, Suzana Maria dos. **Vacinas recomendadas para profissionais que trabalham em serviços de saúde**. Salvador: Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, 2015.

CORRUPÇÃO E A FISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

Eduardo Santos de Carvalho¹

Promotor de Justiça.

Membro do GAEC/MPRJ.

1. CORRUPÇÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Os fatos revelados pela Operação Lava Jato – e pelos acordos de colaboração celebrados em seu âmbito – confirmaram o que a literatura acadêmica e os índices de percepção social já indicavam: o caráter sistêmico e institucionalizado da corrupção no Brasil. O desvio criminoso de recursos públicos, seja para enriquecimento pessoal, seja para o financiamento ilegal de campanhas políticas, é praxe que contamina a Administração Pública em todos os níveis da Federação.

Nesse cenário, é comum que políticos e empresários inescrupulosos se associem na busca de mecanismos que possam lhes proporcionar ganhos ilícitos. Dentre os fatores que tornam uma tal atividade estatal vulnerável à corrupção, merecem destaque: 1) o volume de dinheiro público envolvido, a fim de maximizar as oportunidades de desvio de recursos; 2) a existência de mecanismos simples e de baixo custo para ocultar a natureza criminoso de sua atividade; e 3) a fragilidade dos mecanismos de controle sobre a atividade pública.

A presença desses três fatores explica, em grande medida, por que os contratos de gestão, pelos quais a Administração Pública cede a organizações sociais a gestão de serviços públicos, são um terreno profícuo à corrupção: 1) frequentemente os contratos de gestão envolvem grandes volumes de dinheiro público, em patamar comparável a grandes obras de engenharia², 2) os mecanismos

1 O presente trabalho incorpora ideias desenvolvidas em conjunto com o Promotor de Justiça Sílvio Ferreira de Carvalho Neto, igualmente membro do GAEC/MPRJ, a quem devo agradecimentos não somente pelo compartilhamento de sua vasta experiência, mas sobretudo pela incansável dedicação no combate à corrupção em organizações sociais.

2 Levantamento realizado a partir do Portal de Transparência do Município do Rio de Janeiro, em relação aos principais contratos celebrados pela Municipalidade entre os anos de 2008 e 2016, revelou que **12 bilhões de reais** teriam sido destinados para organizações sociais encarregadas da gestão de unidades e serviços de saúde. A título de comparação, os contratos celebrados pelo Município do Rio de Janeiro com empreiteiras e

utilizados para ocultar o desvio de recursos públicos são corriqueiros (uso de “laranjas”, empresas “fantasmas”, emissão de notas “frias”, entre outros), sem que, no mais das vezes, haja necessidade de recorrer a sistemas sofisticados e custosos para a lavagem de capitais; 3) o controle exercido pelo Estado sobre a organização social costuma ser pífio, tanto na fase de contratação (onde a escolha da organização social pode ocorrer sem licitação e sem análise pormenorizada da economicidade do negócio) quanto na etapa de execução do contrato de gestão (onde a Administração Pública não fiscaliza a atuação da organização social ou, quando as fiscalizações são promovidas, têm caráter meramente superficial, sem aprofundamento da análise da economicidade nas prestações de contas apresentadas pela entidade).

Não é de causar espanto, portanto, que os contratos celebrados com organizações sociais para a gestão de unidades de saúde venham propiciando escândalos de corrupção em série. Apenas entre as organizações sociais contratadas no âmbito do Município do Rio de Janeiro e do Estado fluminense, **seis** já foram objeto de operações criminais³. A reiterada constatação de atividades criminosas no âmbito das organizações sociais aponta que a raiz do problema não está nos indivíduos envolvidos (teoria da “maçã podre”), mas sim em um modelo institucional viciado, que permite – ou até mesmo favorece – o conluio entre agentes políticos corruptos e gestores inescrupulosos, visando à apropriação de recursos públicos.

Não se pretende negar que possam existir exemplos bem-sucedidos de parceria entre o ente público e organizações da sociedade civil – à semelhança dos contratos de gestão –, que tenham dado certo em localidades ou setores cuja cultura institucional e tradição histórica sejam distintos da existente na maior parte do território brasileiro. Porém, em um ambiente institucional no qual prevalece a corrupção sistêmica, o modelo atualmente existente⁴ de contratos de gestão celebrados com organizações sociais é apenas mais uma porteira escancarada para o desvio de dinheiro público.

2. DESCRIÇÃO DA ROTINA DE DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS POR INTERMÉDIO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A despeito do repasse de valores milionários às organizações sociais encarregadas da gestão de serviços públicos de saúde, é comum que se manifestem deficiências na prestação do serviço, ou até mesmo o descumprimento de metas pactuadas no contrato de gestão, mormente quando os mecanismos de controle da Administração Pública sobre a atividade das Organizações Sociais de Saúde (OSS) são virtualmente inexistentes. Há que se ter em mente, contudo, a possibilidade de

consórcios, para realização das grandes obras de engenharia realizadas no mesmo período (abrangendo a preparação para a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016), totalizaram **15,7 bilhões de reais**.

3 A saber: **CIAP** (objeto da Operação “Parceria”, do MPF-PR), **ASSOCIAÇÃO MARCA** (objeto da Operação “Assepsia”, do MPE-RN), **ISAS / SAS** (objeto da Operação “Atenas”, do MPE-SP), **BIOTECH HUMANAS** (objeto da Operação “Ilha Fiscal”, do MPE-RJ), **PRÓ-SAÚDE** (objeto da Operação “S.O.S.”, da Força Tarefa da Lava Jato no MPF-RJ) e **CRUZ VERMELHA – FILIAL DO RS** (objeto da Operação “Calvário”, do MPE-RJ e do MPE-PB). No âmbito nacional, o rol de organizações sociais envolvidas em escândalos de corrupção é ainda maior: o Diagnóstico da Ação 3/2018 da ENCCLA menciona pelo menos outras **oito** operações policiais recentes, além das já citadas, envolvendo organizações sociais de saúde (cfr. pp. 14/16).

4 Diante dos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn nº 1.923/DF, o modelo atualmente existente consiste: i) na entrega de dinheiro público para um gestor privado, cuja escolha prescinde dos procedimentos de garantia da isonomia e impessoalidade (concurso público e licitação); ii) à vista da ausência dos mecanismos de controle interno e externo da Administração Pública, o gestor privado é exortado a se comportar em conformidade com os princípios constitucionais, na esperança de que o resultado seja uma prestação mais eficiente do serviço público.

que tais disfunções sejam apenas sintomas de um problema muito mais grave: a entrega da gestão do serviço público de saúde nas mãos de empresários inescrupulosos, usualmente associados a políticos corruptos, cujo interesse principal⁵ não reside na prestação de serviços de qualidade à população, mas sim nas oportunidades de apropriação de dinheiro público que o contrato de gestão lhes oferece. Neste cenário, uma atuação com foco na melhoria da qualidade do serviço poderia proporcionar algum alívio dos sintomas, mas manteria inatacada a doença de origem. Para tais casos, a responsabilização criminal se revela como o único remédio eficaz.

Nesse contexto, convém em primeiro lugar estabelecer a premissa de que, para fins de responsabilização jurídico-penal, os dirigentes da organização social constituída na forma da Lei 9.637/98 são considerados **funcionários públicos**⁶, e, em decorrência disso, o desvio de recursos públicos por eles praticado possui enquadramento típico no crime de peculato, descrito no artigo 312 do Código Penal.

Em todos os escândalos de corrupção envolvendo organizações sociais, uma mesma dinâmica se repete: a “*entidade sem fins lucrativos*” é apenas uma fachada, uma ficção jurídica que viabiliza o acesso a imensos volumes de dinheiro público, ao mesmo tempo em que oculta a real natureza da atividade econômica desempenhada. Via de regra, as organizações sociais que efetivamente disputam e ganham contratos milionários com a Administração Pública são *empresas disfarçadas*; mais precisamente, costumam ser **braços de um grupo empresarial**, que se traveste da roupagem jurídica de entidade sem fins lucrativos para ter acesso aos recursos públicos disponibilizados pelos contratos de gestão. Ainda que as disposições estatutárias da organização social preencham todos os requisitos para sua qualificação jurídica como uma entidade sem fins lucrativos, quase sempre **quem exerce de fato o poder decisório sobre a organização social é um empresário** (ou uma sociedade de empresários), que é quem efetivamente controla a atividade da “entidade sem fins lucrativos” (a quem denominaremos como *empresário-controlador*).

O **poder de fato** exercido pelo empresário-controlador – que usualmente passa ao largo das normas estatutárias – costuma ser assegurado pela nomeação de interpostas pessoas que lhe estejam subordinadas (que podem ser parentes, funcionários de confiança ou “laranjas”) para a presidência, os cargos de direção e o Conselho de Administração da organização social. Normalmente o empresário-controlador não ocupa ostensivamente a presidência ou direção da organização social, embora em alguns casos possa figurar como integrante de um órgão colegiado da entidade, como o seu Conselho de Administração.

5 Ainda que a prioridade máxima de um gestor corrupto seja assegurar o seu **enriquecimento pessoal**, ele possui interesse em permanecer na exploração do contrato de gestão, motivo pelos quais ele precisa, em segundo lugar, honrar os compromissos de pagamento da **propina** acertada com os agentes públicos que viabilizam a preservação de seu contrato, e finalmente garantir um **patamar mínimo de qualidade** no serviço a fim de evitar pressão social pelo seu afastamento da gestão da unidade pública.

6 Veja-se, a este respeito:

10. O conceito de entidades paraestatais existente no §1º do artigo 327 do Código Penal **contempla as chamadas Organizações Sociais**, estas previstas no âmbito federal pela Lei nº 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei nº 2.415/99.

11. Considerando que o ICS foi qualificado como Organização Social pelo artigo 19 da Lei Distrital nº 2.415/99, tem-se que **seus dirigentes são equiparados a funcionários públicos para os efeitos penais**, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no §1º do artigo 327 do Código Penal, que equipara a funcionário público todo o **agente que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal** (STJ-6ª Turma, REsp 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 01/09/2015). No mesmo sentido: STF, HC 125.086-DF, decisão monocrática do Min. CELSO DE MELLO, DJe 180, public. 17 ago. 2017.

Como a seleção das organizações sociais que celebrarão contratos de gestão com a Administração Pública com frequência ocorre por meio de processos viciados e direcionados, usualmente o empresário-controlador se associa a um agente público ou político que possa lhe “abrir as portas” junto à entidade contratante, viabilizando seu acesso aos recursos públicos, e assegurando a manutenção, prorrogação ou renovação de seu contrato de gestão. Em retribuição, o empresário-controlador compromete-se com o pagamento de vantagens pecuniárias ao agente público, tanto mediante entrega de propinas (normalmente na forma de “comissão” ou percentual sobre os valores recebidos) quanto de contribuições não declaradas para campanhas políticas.

Dado que a finalidade lucrativa é incompatível com a natureza jurídica das organizações sociais, o empresário-controlador não pode se apropriar diretamente dos recursos depositados na conta da organização social, seja para seu enriquecimento pessoal, seja para a remuneração do agente público ou político que viabilizou seu acesso ao contrato de gestão. Por força do parágrafo único do artigo 70 da Constituição da República, as entidades privadas que gerenciam recursos públicos são obrigadas a prestar contas de sua administração, de modo que a organização social precisa recorrer a subterfúgios para justificar a saída dos recursos a serem apropriados. A real destinação do dinheiro desviado não raro é dissimulada mediante a realização de pagamentos supostamente destinados à aquisição de bens e insumos, ou à subcontratação dos serviços necessários para a gestão da unidade pública de saúde⁷.

Para viabilizar o desvio dos recursos públicos, o empresário-controlador passa a estabelecer uma rotina criminosa, que usualmente pode ser dividida em quatro etapas:

1ª etapa: direcionamento das contratações realizadas pela organização social para aquisição de bens e insumos e/ou prestação de serviços, em favor de fornecedores participantes do esquema, que tanto podem pertencer ao próprio empresário-controlador, como podem ter se associado a ele ou a seus prepostos, aderindo ao esquema de desvio de recursos públicos. Embora a organização social esteja (supostamente) obrigada a selecionar seus contratados mediante “regras objetivas e impessoais”⁸, na prática o processo seletivo conduzido pelas OSs se limita à colheita de propostas “de cobertura”, para conferir aparência de legitimidade à contratação do fornecedor predeterminado pelo empresário-controlador. Na fase preparatória a estas contratações direcionadas pode ocorrer também a constituição de pessoas jurídicas, ou a modificação de seu objeto social, a fim de adequá-las ao propósito de servir ao esquema delituoso;

2ª etapa: realização de pagamentos superfaturados, mecanismo pelo qual se justifica a saída dos recursos públicos da conta bancária gerida pela organização social. Nesta etapa, cabe aos fornecedores participantes do esquema emitir notas fiscais dissociadas da correspondente e proporcional prestação de serviços, seja ao registrar preços acima do valor de mercado para bens e serviços efetivamente prestados, seja ao registrar o fornecimento de bens ou a prestação de serviços em quantidades superiores às efetivamente fornecidas (podendo ocorrer até

7 Também deve ser considerada a possibilidade de o desvio de recursos públicos ocorrer mediante despesas de mão de obra (notadamente, a apropriação de recursos públicos mediante pagamentos em favor de funcionários “fantasmas”).

8 Nos termos do voto condutor do Min. Luiz Fux na ADIn 1.923/DF.

mesmo a emissão de notas fiscais completamente desvinculadas de qualquer efetivo fornecimento ou prestação de serviços). Após a emissão das notas fiscais superfaturadas, são elas atestadas por empregados da própria organização social (usualmente funcionários de confiança⁹ do empresário-controlador), sem qualquer supervisão do Poder Público, permitindo a liberação de recursos da conta da entidade. A mecânica referente à segunda etapa da rotina criminosa comumente fica registrada no extrato da conta bancária vinculada ao contrato de gestão¹⁰, e se encontra representada na prestação de contas da organização social;

3ª etapa: repasse dos valores correspondentes ao superfaturamento em favor do empresário-controlador. Nas raras hipóteses em que o fornecedor contratado pela organização social pertença diretamente ao empresário-controlador, essa remessa pode ocorrer a pretexto de simples distribuição de lucros. O mais frequente, no entanto, é que os fornecedores subcontratados pela organização social estejam em nome de terceiros (que podem ser parentes, funcionários de confiança ou “laranjas” do controlador da OS, ou mesmo outros empresários que tenham se associado ao esquema criminoso), que precisam, então, estabelecer um mecanismo para a remessa dos valores desviados ao empresário-controlador. Via de regra, este repasse ocorre através da movimentação de **recursos em espécie**, obtidos mediante saques “na boca do caixa” ou por outros mecanismos¹¹, possibilitando sua movimentação por fora do sistema financeiro, de modo a ocultar a verdadeira destinação dos recursos públicos desviados;

4ª etapa: destinação de parcela dos recursos desviados a agentes públicos e políticos que tenham favorecido – ou que estejam em condições de favorecer – a organização criminosa, mediante pagamentos de vantagens ilícitas, que podem reverter tanto para o enriquecimento pessoal do agente, quanto para o financiamento ilícito de campanhas eleitorais.

As terceira e quarta etapas da rotina criminosa acima descrita ocorrem de forma oculta e sigilosa, mediante movimentação de dinheiro em espécie, sem registros no sistema financeiro. A fim de viabilizar o fluxo dos recursos ilícitos e evitar a ocorrência de perdas no processo de arrecadação e de repasse dos valores desviados, o empresário-controlador costuma dispor de um ou mais **operadores financeiros**, pessoas encarregadas de receber, transportar e/ou movimentar o dinheiro em espécie arrecadado junto aos fornecedores (3ª etapa), e em alguns casos até mesmo de realizar pagamentos de propina a agentes públicos e políticos (4ª etapa). O empresário-controlador habitualmente dispõe também de um **escritório financeiro** (provavelmente em nome de outra

9 No caso da Operação “Calvário”, houve um exemplo particularmente eloquente da ausência de confiabilidade na atestação de notas fiscais, em que se constatou que um dos funcionários da organização social que atestava a prestação de serviços era também o responsável, na etapa seguinte da rotina criminosa, pelo recolhimento dos valores desviados junto aos empresários subcontratados pela OS.

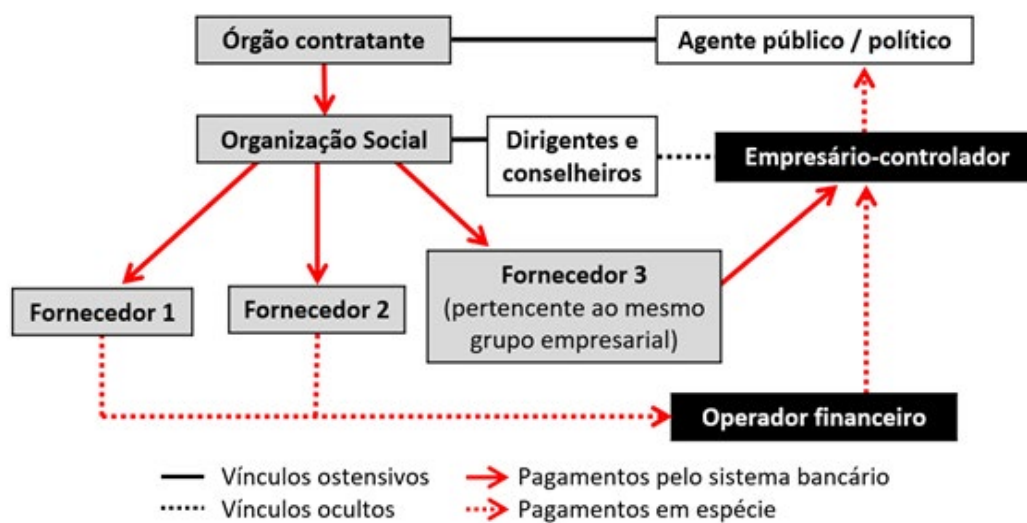
10 Todavia, também deve ser considerada a possibilidade de tal desvio ocorrer nos valores pagos a título de **taxa de administração** (quantia supostamente destinada a custear a manutenção da estrutura administrativa da organização social, usualmente calculada como um percentual sobre a prestação paga pelo Poder Público). Normalmente, o valor correspondente à taxa de administração (ou ao custeio de despesas administrativas da OS) é transferido para outra conta bancária da organização social, diversa daquela em que são creditados os pagamentos do Poder Público (e, portanto, imune à fiscalização do órgão contratante). Com essa conta (em que podem se misturar os recursos provenientes de diversos contratos de gestão celebrados pela organização social), facilita-se a remessa oculta de lucros ao empresário controlador por pagamentos a empresas controladas por ele, ou mesmo diretamente à sua pessoa (por exemplo, a título de pagamentos por serviços de consultoria ou pela locação de imóveis de sua propriedade).

11 Por exemplo, mediante o pagamento de boletos bancários de terceiros, em contrapartida ao fornecimento de dinheiro em espécie que estes tenham em seu poder.

pessoa jurídica controlada pelo mesmo empresário), local onde são realizadas as negociações junto aos fornecedores, ocorrem as entregas do dinheiro arrecadado e é controlada a arrecadação dos valores desviados¹².

Em síntese, portanto, uma investigação sobre corrupção em organizações sociais deve almejar responder às seguintes perguntas: 1) *Quem é o empresário-controlador da organização social?*; 2) *Quais são os fornecedores que repassam valores desviados ao empresário-controlador?*; 3) *Quem são os operadores financeiros do empresário-controlador?*; 4) *Onde fica o escritório financeiro utilizado para as negociações ilícitas?*; 5) *Quem é o agente público ou político associado ao empresário-controlador?*

A rotina por meio da qual as organizações sociais desviam recursos públicos pode ser representada, de forma esquemática, no gráfico a seguir:



3. INVESTIGAÇÃO TRADICIONAL E INVESTIGAÇÃO FINANCEIRA

Tradicionalmente, o foco das investigações que versam sobre a corrupção em organizações sociais se concentra na **análise de processos administrativos** e tem por objetivo principal a busca de ilegalidades, atos fraudulentos ou vícios na execução do contrato de gestão. Tais diligências, embora imprescindíveis, não esgotam as possibilidades de apuração dos fatos, devendo ser complementadas por uma investigação financeira, com foco no **percurso do dinheiro** (conforme a máxima *“follow the money”*) e que tenha por objetivo a busca de indícios de desvio de recursos públicos e de lavagem de dinheiro.

Dentre os processos administrativos a serem analisados na investigação tradicional, destacam-se o processo de **qualificação** (pelo qual a entidade sem fins lucrativos obtém o título jurídico de *“organização social”*, ao demonstrar que atenderia aos requisitos legais para tanto) e o processo de **seleção** (pelo qual as organizações sociais concorrem entre si pela obtenção

¹² Em se tratando de valores ilicitamente desviados, o empresário controlador não possui mecanismos legais para sua cobrança, o que geralmente o leva a exercer um controle rigoroso sobre a arrecadação que lhe seria devida (denomina-se de *“bater planilha”* o ato de comparar a efetiva arrecadação de quantias desviadas com os valores previstos na negociação ilícita).

dos contratos de gestão junto ao ente público, supostamente com base em “*critérios objetivos e impessoais*”¹³).

Ambos os procedimentos costumam oferecer pistas valiosas para a investigação de corrupção em organizações sociais. Em especial, recomenda-se prestar atenção à documentação apresentada pela entidade para ingressar no “*mercado*” das organizações sociais. Dado que as normas que tratam da qualificação de organizações sociais usualmente exigem o decurso de um lapso temporal mínimo desde a data de constituição da entidade, assim como a demonstração de experiência prévia, há alguns indicadores que merecem análise mais detida:

- 1) “**compra de CNPJ**”: o empresário-controlador frequentemente não constitui uma organização social “a partir do zero”. Sua preferência é aproveitar o CNPJ (com ou sem alteração de razão social) de entidades preexistentes, que possam atender aos requisitos de tempo mínimo de constituição e experiência prévia. Há que se atentar, portanto, à repentina reformulação das disposições estatutárias da entidade, bem como alterações no quadro de associados e de diretores, que normalmente coincidem com o ato de “*aquisição*” do CNPJ pelo empresário-controlador¹⁴. As entidades cujo CNPJ é “*vendido*” para o empresário-controlador podem não ter desenvolvido anteriormente atividade correlata ao objeto do contrato de gestão, ou podem tê-lo feito em escala muito limitada, porém subitamente expandem o foco de sua atuação no intuito de obter acesso aos milionários contratos de gestão celebrados pelo Poder Público. Não raro as personagens que ingressam na composição da organização social no momento da “*compra de CNPJ*” possuem vínculos que podem apontar para a identidade do controlador de fato da entidade;
- 2) **fabricação de atestados de capacidade técnica**: enquanto a entidade cujo CNPJ foi adquirido pelo empresário-controlador não adquirir experiência mediante a execução de contratos de gestão, haverá necessidade de simular o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica mínima, exigidos por lei ou pelo edital de seleção das organizações sociais. Para tal fim, proceder-se-á à juntada de atestados de capacidade técnica emitidos por terceiros, normalmente contendo informações inverídicas ou deturpadas. No curso da investigação, convém identificar os responsáveis pela emissão dos atestados de experiência prévia, os quais poderão ter vínculos com a própria organização social, ou com empresas que venham a ser subcontratadas pela OS para fornecimento de bens ou serviços no curso do contrato de gestão. A análise destes vínculos poderá contribuir, ainda, para a identificação do empresário que esteja controlando a organização social por intermédio de interpostas pessoas;
- 3) **conluio entre empresários-controladores**: assim como ocorre em processos licitatórios, os processos para seleção de organizações sociais estão expostos a práticas anticompetitivas, tais como: i) acordos para divisão de mercado (em cenários em que o ente público esteja em vias de celebrar múltiplos contratos

13 Nos termos do voto condutor do Min. Luiz Fux na ADIn 1.923/DF.

14 Especificamente no caso da Operação “*Calvário*”, os prepostos do empresário-controlador não ingressaram mediante alteração estatutária da organização social CRUZ VERMELHA BRASILEIRA – FILIAL DO RS, embora os dirigentes “*oficiais*” da entidade lhes tenham outorgado total autonomia sobre a gestão dos contratos com o Poder Público.

de gestão, organizações sociais “concorrentes” podem deliberar – usualmente sob a coordenação de agentes públicos – quais as entidades que haveriam de ser contempladas com cada contrato, e os termos de suas respectivas propostas); ii) acordos para a subcontratação de competidores (caso em que a organização social vencedora subcontrata pessoas jurídicas que pertencem ao empresário que exerce controle sobre outra organização social, em contrapartida à “cobertura” oferecida no processo seletivo);

4) **manipulação de resultados no processo seletivo:** alguns indicadores que podem apontar o direcionamento de processos seletivos em favor de determinada organização social são variações injustificáveis na pontuação atribuída a esta ou a seus concorrentes (mormente em comparação às pontuações atribuídas em processos seletivos anteriores), assim como as alterações introduzidas nos critérios de qualificação ou de julgamento dos processos seletivos.

Ainda no âmbito da investigação tradicional, podem ser identificadas informações relevantes nas prestações de contas apresentadas pela organização social, nas avaliações elaboradas pelos servidores encarregados da fiscalização do contrato de gestão, ou em relatórios de inspeção ou de auditoria elaborados pelo Tribunal de Contas.

Todavia, a investigação tradicional possui sérias limitações, na medida em que os processos administrativos (qualificação, seleção, prestações de contas etc.) muitas vezes não se destinam a registrar os fatos que efetivamente ocorreram, mas sim a ocultá-los¹⁵. Organizações criminosas infiltradas dentro de OSS dispõem de assessoria jurídica e contábil para assegurar o atendimento às formalidades capazes de conferir uma aparência de legalidade à sua atuação, de modo que o desvio de recursos públicos passe despercebido pelos órgãos de controle externo (ou mesmo por auditorias independentes). Em vez de garimpar os processos administrativos à procura de falhas, como quem tateia por fendas na muralha de papel produzida pelas organizações sociais, é preciso “olhar por trás da cortina” e focar no coração de todo esquema: o percurso do dinheiro.

Para tal fim, o instrumento mais adequado é uma investigação financeira que comece com um espectro mais abrangente (alcançando toda a movimentação financeira da organização social), mas que no curso de suas etapas vá progressivamente restringindo seu foco aos setores em que o esquema parece ser mais vulnerável (ou seja, em que haja maior possibilidade de demonstração da ocorrência de desvio dos recursos públicos).

As etapas da investigação financeira podem ser sintetizadas em três etapas: *1ª fase* – levantamentos preliminares; *2ª fase* – cautelares sigilosas (quebras de sigilo bancário, telefônico e telemático); e *3ª fase* – medidas ostensivas (busca e apreensão, intimações para depor e prisões cautelares). Em relação às segunda e terceira etapas, as investigações de corrupção em organizações sociais não possuem diferenças significativas em comparação com outras investigações envolvendo organizações criminosas; porém, a etapa inicial de levantamentos preliminares reveste-se de algumas especificidades, que justificam o seu detalhamento no presente trabalho.

15 Por exemplo, as organizações sociais normalmente possuem um “Regulamento de Compras”, que exige que haja uma cotação prévia de preços antes da aquisição de bens ou da contratação de serviços. No entanto, a formação de um processo administrativo no qual tenham sido juntadas cotações de preços não necessariamente significa que tenha ocorrido efetiva competição entre fornecedores: mesmo nos casos em que o processo seletivo tenha sido direcionado em favor de um fornecedor predeterminado pelo empresário-controlador, se haverá de apresentar propostas “de cobertura” em nome de outras empresas, a fim de simular que o processo de contratação do fornecedor transcorreu dentro da legalidade.

Na etapa de levantamentos preliminares, a primeira providência consiste na realização de **pesquisas em dados abertos**, que abrangem as informações disponíveis na imprensa e/ou em portais de busca na internet a respeito da organização social em questão, assim como as constatações registradas nos relatórios de fiscalização produzidos pelo Poder Executivo ou pelo Tribunal de Contas, em relação aos contratos de gestão em que a OS tenha sido contratada.

No âmbito de uma investigação financeira, a pesquisa em dados abertos haverá necessariamente de abranger também os dados disponibilizados no **portal de transparência** do órgão contratante: antes de mais nada, é preciso levantar quais foram os valores efetivamente recebidos pela organização social e as datas dos pagamentos realizados.

Finalizando a etapa de pesquisas, há um último item que é absolutamente imprescindível para uma investigação financeira bem-sucedida no campo da corrupção em organizações sociais: um levantamento completo (ou o mais completo possível) em relação a **todas as despesas registradas nas prestações de contas** das OSS. Tais dados podem ser obtidos com maior facilidade, nos casos em que os dados das prestações de contas estão lançados em ferramentas *online* disponibilizadas pelo Poder Público¹⁶. Em outros casos, as prestações de contas podem estar disponibilizadas *online* no portal do ente público ou da própria organização social, muitas vezes em formatos de imagem como PDF. Neste cenário (ou mesmo no caso de as prestações de contas estarem disponíveis somente em papel), será necessária uma diligência prévia para submeter os trechos relevantes das prestações de contas a ferramentas de Reconhecimento Óptico de Caracteres (OCR), a fim de extrair todos os dados pertinentes aos pagamentos realizados pela organização social em favor de seus fornecedores.

Como resultado dessa extração de dados, a investigação financeira deverá ser capaz de apontar com precisão: 1) quais foram os fornecedores subcontratados pela organização social; 2) qual foi o serviço ou o bem fornecido por cada uma das empresas subcontratadas; e 3) quais os valores recebidos por cada fornecedor a cada mês da prestação de contas. Recomenda-se, então, que essas informações sejam lançadas em planilha, permitindo a totalização das quantias pagas a cada fornecedor; deste modo, poder-se-á estabelecer um *ranking* dos fornecedores que mais auferem recursos da organização social. A partir deste ponto, o foco da investigação deve passar a se concentrar nas empresas situadas na faixa superior do *ranking* de fornecedores da organização social.

Superada a etapa das pesquisas em dados abertos, passa-se à providência seguinte: o **aprofundamento** dos levantamentos iniciais. Neste momento, procede-se ao **mapeamento de vínculos** societários e familiares, envolvendo não somente os integrantes da organização social, mas também os sócios das empresas que fornecem bens e serviços à entidade (objeto de levantamento na etapa anterior). Além dos dados disponibilizados na Junta Comercial e em portais de segurança, recomenda-se que o mapeamento dos vínculos inclua também a pesquisa em redes sociais e a busca eletrônica na base de dados de atos notariais como procurações e escrituras (CENSEC).

Na fase de aprofundamento dos levantamentos iniciais, deve se diligenciar também:

16 Trata-se do caso do Município do Rio de Janeiro, que dispõe de uma ferramenta denominada Painel de Gestão das Parcerias com Organizações Sociais (OSINFO), disponível em: <osinfo.prefeitura.rio>.

- a identificação de **empresas criadas “sob encomenda”** para atender ao esquema de desvio de recursos públicos. Esta categoria abrange não somente empresas que não existiam até pouco antes de sua contratação pela organização social, mas também sociedades que se encontravam inativas e subitamente voltaram à operação, e/ou que tenham tido o seu objeto social reformulado para contemplar o serviço a ser prestado à organização social, o que usualmente é acompanhado pela reconfiguração do quadro societário (indicando a ocorrência de “*compra de CNPJ*”);

- a identificação de **empresas “fantasmas”**, que têm existência meramente formal, a fim de viabilizar a emissão de notas fiscais e a movimentação de recursos, embora não possuam capacidade operacional para o desempenho das atividades que ensejariam sua contratação. Nesta seara, podem ser considerados como indicativos relevantes a inexistência (ou a existência em quantidade ínfima) de funcionários nos quadros da empresa (informação que pode ser obtida junto ao CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério do Trabalho), bem como a instalação da sede da empresa em local incompatível com o desempenho da atividade econômica contratada (por exemplo, atividades industriais no endereço de prédio residencial ou de terreno baldio), o que pode ser constatado através de aplicativos de georreferenciamento, como *Google Maps* e *Google Street View*;

- a identificação de **sócios “laranjas”**, que emprestam seu nome e CPF para ocultar o real controlador das empresas que ostensivamente seriam de sua titularidade. Neste ponto, são indicadores relevantes: a existência de vínculos familiares ou empregatícios com empresários que possam querer ocultar sua participação no esquema, um nível de instrução incompatível com a atividade empresarial desempenhada, ou um endereço residencial que indique um padrão de vida muito inferior ao que se poderia esperar diante do faturamento obtido por sua empresa.

Especificamente no que diz respeito às empresas que fornecem bens ou serviços para unidades de saúde administradas por organizações sociais, há mais um elemento que pode ser de grande valia para identificação de pagamentos superfaturados: as **informações de produção hospitalar** disponíveis na base de dados do DATASUS (denominada TABNET). Em alguns casos, os dados obtidos no TABNET poderão permitir a constatação de incompatibilidades entre os serviços efetivamente prestados na unidade de saúde e aqueles faturados pela empresa subcontratada: é o caso, por exemplo, dos exames laboratoriais, em que as quantias informadas pela empresa terceirizada por ocasião da emissão de suas notas fiscais podem não guardar nenhuma relação com o quantitativo de exames efetivamente registrados na produção hospitalar da unidade.

Encerrando a fase de aprofundamento dos levantamentos iniciais, recomenda-se o encaminhamento de solicitação de intercâmbio de informações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a fim de verificar se houve remessa de comunicação de operações suspeitas e/ou operações em espécie envolvendo a organização social, seus dirigentes, empresas fornecedoras da OS e seus sócios, bem como outras pessoas físicas e jurídicas identificadas por ocasião do mapeamento de vínculos.

Uma vez conjugadas as informações constantes dos Relatórios de Inteligência Financeira do COAF com os demais indicadores levantados (identificação de empresas “fantasmas”, existência

de sócios “laranjas”, volume de serviços ou de aquisição de bens incompatível com a produção hospitalar etc.), recomenda-se a deflagração de cautelares sigilosas (notadamente, as quebras de sigilo fiscal e bancário), em face das pessoas físicas e jurídicas que apresentem maior probabilidade de envolvimento em eventual esquema de desvio de recursos públicos.

Na experiência do GAIECC/MPRJ, a metodologia acima sintetizada tem se revelado eficaz para desbaratar esquemas de corrupção envolvendo organizações sociais. Embora seja certo que a resposta criminal não oferece uma solução para as deficiências estruturais no sistema de qualificação e seleção das organizações sociais, espera-se que os sucessivos escândalos de corrupção nessa seara despertem a consciência social e a vontade política necessárias para a reforma do modelo atualmente vigente, de forma a minimizar os riscos de desperdício e apropriação dos escassos recursos destinados à saúde pública.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO