

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 107 – JUNHO DE 2018 – VOL. 992

Nesta edição:

ESPECIAL – RUMO À REVISTA DOS TRIBUNAIS N. 1.000:

- Tutela jurídica do meio ambiente

DOCTRINA

Caderno Especial – Prática Tributária

- Transparência global e as trocas de informações: o dia seguinte ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária
- Federalismo fiscal brasileiro e o ICMS: um problema de guerra fiscal
- Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS
- O lançamento tributário pelo cadastro sincronizado instituído pelo SPED fiscal, utilizando a prova emprestada
- É possível a incidência do ICMS sobre operações com bens digitais?

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – IPTU – Sociedade de economia mista ocupante de bem público – Inadmissibilidade – Pessoa jurídica de direito privado, com capital na bolsa, cujo objetivo é auferir lucros e distribuir aos acionistas – Afronta ao princípio da livre concorrência se fosse estendida a imunidade a esse tipo de empresa com atividade lucrativa.



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

CONSULENTE: PRÓ-SAÚDE – ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie,
Professor Titular de Direito Constitucional,
igm@gandramartins.adv.br

ADILSON ABREU DALLARI

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Professor Titular de Direito Administrativo,
adilson@dallari.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

ASSUNTO: Organização social – Administração central – Custos indiretos Rateio – Legalidade, eficiência, economicidade e razoabilidade.

SUMÁRIO: Consulta. Parecer. 1. Considerações iniciais. 2. Resumo das questões em exame. 3. Análise da legislação aplicável aos fatos em exame. 4. Considerações gerais. 5. Conclusões.

CONSULTA

1. A Pró-Saúde, ora Consulente, é uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos, com atuação fortemente voltada para a área da saúde, especialmente na gestão de unidades de atendimento ao SUS.
2. Para tanto, em regra, com diversos entes federativos, qualificando-se perante estes como ‘Organização Social’ (nos moldes da Lei 9.637/98), bem como participando dos necessários e prévios ‘Chamamentos Públicos’, firma ‘Contratos de Gestão’, por meio dos quais passa, então, a gerenciar as unidades de saúde que lhe são confiadas.
3. Em contrapartida, recebe repasses de recursos públicos, estes necessários ao desenvolvimento das atividades contratadas e à cobertura, evidentemente, de todos os seus custos inerentes (diretos e indiretos).

4. Por ter envergadura nacional, tem-se que a ora Consulente vale-se de uma “administração central” em São Paulo (com fins de obtenção de ‘ganhos de escala’ e de redução de custos), a qual assim apoia com inúmeros serviços aqui centralizados (contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos etc.) todas estas contratações com o Poder Público que tem em andamento.

5. Indigitada ‘administração central’ suporta, ainda (i) todos os riscos inerentes à atividade, os quais se consubstanciam, ordinariamente, em condenações judiciais de cunhos civis, trabalhistas etc.; (ii) todo o ônus decorrente de sua própria existência e manutenção como entidade filantrópica (e aqui se está a falar de uma gama praticamente infindável de requisitos legais a serem cumpridos), condição esta da qual, evidentemente, também se beneficia o Poder Público quando contratada uma ‘Organização Social’, e não uma empresa, para a gestão de quaisquer serviços; e (iii) todo o peso financeiro ínsito à atual necessidade de constante e dispendiosa atualização profissional, técnica, gerencial etc., itens estes dos quais novamente se beneficia indiretamente o Poder Público.

6. Os respectivos custos daí decorrentes, em sistemática similar ao ‘BDI’ a que fazem jus as construtoras ao realizarem obras públicas, são, então, rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes (*dentro, obviamente, dos limites dos repasses públicos pactuados*), com base nos documentos contábeis da Consulente (balanços/balancetes).

7. Nada mais corriqueiro, até mesmo por conta do advento do ‘Marco Regulatório do Terceiro Setor’ (Lei 13.019/14), que, em seu artigo 46, traz expressamente a possibilidade de os repasses públicos virem a cobrir tais custos, tidos como “indiretos”.

8. Ocorre, porém, que, quando das devidas prestações de contas dos repasses públicos recebidos, seja perante Secretarias de Saúde, perante o Ministério Público, e/ou perante Tribunais de Contas, referidos órgãos mostram-se deveras avessos à liquidação destes indigitados ‘custos indiretos’, (demonstrados via balanço/balancetes oficiais e critérios de rateio), alegando, em síntese, “não se poder vinculá-los diretamente ao projeto” (“afinal, o que os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia, por exemplo, teria a ver com a administração de uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo”?)

9. Assim é que, mesmo inexistindo qualquer impacto no montante do recurso público repassado (com teto limitado pela contratação formalizada, ao que, só por isso, os ‘custos indiretos’, jamais poderiam ser desarrazoados, na

medida em que, somados ‘aqueles ‘diretos’, devem permitir o regular cumprimento do contrato), ou se recusam a saldá-lo (glosando valores, por exemplo), ou impõem exigências praticamente invencíveis na sua demonstração, totalmente descabidas no que tange à esfera privada de atuação da ora consulente, tal qual, por exemplo, a exibição de contratos particulares com terceiros, se indigitada contratação privada foi precedida ou não de “seleção pública imparcial e impessoal” etc., isto tudo com o fim último de “fabricar” a acima aludida “desvinculação do projeto” e injustamente “forçar” a redução do valor de um contrato sem qualquer diminuição de escopo.

10. Isto tudo, veja-se o paradoxo, à luz dos princípios da ‘transparência’ e da ‘correta aplicação dos recursos públicos’!

11. Tal atitude, com efeito, por propiciar consequente desequilíbrio financeiro, põe em risco não só a contratação encetada com o Poder Público, como também a própria saúde financeira da ora Consulente, que fica impedida de honrar com seus compromissos relativos a tais ‘custos indiretos’.

12. Saber, então, ser lícito, ou não, este comportamento por parte da Administração e dos demais órgãos de controle interno e externo (incluindo-se o Ministério Público), é a razão da presente consulta, ao que a ora Consulente formula as seguintes indagações:

a) Pela ‘Lei das Organizações Sociais’ (Lei 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos ‘custos indiretos’?

b) Não trazendo referida Lei 9.637/98 disposições neste sentido, o ‘Marco Regulatório do Terceiro Setor’ (Lei 13.019/14), embora não revogue a Lei 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos ‘custos indiretos’, como também à sistemática de seu rateio?

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tidos como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de

veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais ‘custos indiretos’?

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos etc.?

g) Por último, quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta-corrente vinculada ao ‘Contrato de Gestão’? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta-corrente da ‘administração central’ da ora Consulente?

PARECER

1. Considerações iniciais

A colaboração entre entidades públicas e privadas, no desempenho de atividades necessárias ao desenvolvimento da coletividade, é uma “novidade” muito antiga. Desde os primórdios da colonização, entidades privadas cuidavam (e ainda cuidam) de educação (os jesuítas), das santas casas e de asilos. O primeiro serviço público de relevância (ferrovia) também foi operado por particulares.

Não obstante essa longa prática, nunca houve (até recentemente) uma disciplina uniforme, nacional, do relacionamento entre a administração pública e essas entidades, qualificadas como “de utilidade pública”, por diferentes normas federais, estaduais e municipais. Somente com o texto constitucional de 1988, que trouxe um Capítulo cuidando da administração pública em geral e todo um Título sobre a ordem social, foi possível a edição de uma legislação, de caráter nacional, de observância obrigatória para os três níveis de governo. Assim é que foi possível dar organicidade ao funcionamento dessas entidades.

Porém é preciso observar que houve uma linha constante e coerente de evolução no relacionamento entre a Administração Pública e as entidades privadas. Por ocasião da promulgação da Constituição Federal, em 1988, havia na doutrina e na jurisprudência, uma rígida separação entre o público e o privado.

Serviços públicos eram tarefas do setor público e eram regidos por normas de direito público. Atividades econômicas deveriam ser desenvolvidas pelo setor privado da economia, num regime jurídico de direito privado.

Existiam alguns pontos de interligação, como é o caso das empresas estatais e dos concessionários de serviços públicos. Cabe mencionar também os entes de colaboração (Sistema “S”, SESI, SESC, SENAI, SENAC etc.) e, ainda, nessa linha divisória, as entidades de controle do exercício profissional (OAB, CFM, CONFEA etc.).

Mas o crescimento da população e a urbanização da sociedade brasileira trouxeram grandes desafios, tornando impraticável aquela separação rígida e determinando, como algo imprescindível ao atendimento das necessidades emergentes, a atuação, em parceria, de entidades públicas e privadas. A ideia de parceria surgiu no contexto da modernização da Administração Pública, cujo tema central está no abandono do formalismo estéril, em benefício do atingimento dos fins de interesse público almejados. O ponto central está em que a Administração tem um caráter instrumental e está vinculada aos fins de interesse público, cuja dinâmica deve acompanhar. O objetivo era e ainda é a otimização dos recursos disponíveis e a obtenção de melhores resultados.

Deixando de lado temas sensíveis como a privatização e a desestatização, vamos nos concentrar na terceirização, entendendo-se como tal a transferência de atividades a particulares, qualificados como “entes de cooperação”, cuja caracterização é dada por um dos mais respeitados tratadistas do tema:

Os ‘entes de cooperação’ são pessoas jurídicas de Direito Privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na Administração direta ou indireta do Estado.

[...]

Os entes de cooperação são entidades ‘quase-públicas’ ou ‘públicas não-estatais’, porque ocupadas com o desempenho de atividades de imediato interesse coletivo. Em regra, são instituições sem ânimo de lucro, reinvestindo todas as suas receitas ou excedentes financeiros nas próprias finalidades sociais.

[...]

São entidades do chamado ‘terceiro-setor’, organizações que não são nem estatais, nem mercantis, vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem o lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais.

MODESTO, Paulo. 'Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio – Serviço de saúde – Conceito de serviço público e serviço de relevância pública' in: RTDP – *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 28, São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 117.

Não há dúvida de que tais entidades, quando recebem recursos públicos, estão obrigadas a aplicá-los no desempenho das ações de interesse público que justificaram tanto sua existência quanto o recebimento das verbas. O debate, neste estudo, estará centrado na questão dos objetivos e limites da fiscalização necessariamente exercida pela entidade pública que proporcionou tais recursos.

2. *Resumo das questões em exame*

A descrição dos fatos no âmbito da consulta revela o tema central que será abordado no presente estudo.

Trata-se, fundamentalmente, da gestão inteligente de recursos públicos, o que enseja, em última instância, uma notável economia de escala e redução de custos.

Com efeito, o caso concreto reporta-se à gestão nacional de unidades de atendimento ao SUS centralizada em um único ente localizado em São Paulo, sob o comando de uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos: a Pró-Saúde.

Obviamente, como todo e qualquer órgão que representa uma administração central, a Pró-Saúde suporta inúmeros custos relativos a atividades-meio, absolutamente imprescindíveis à concretização do seu objetivo maior e final, qual seja, a gestão das unidades do SUS em nível nacional para a qual foi contratada.

Conforme abordado na consulta, essas atividades de caráter instrumental ensejam os chamados “custos indiretos”, custos estes rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes, respeitados os limites dos repasses públicos pactuados.

É muito oportuna a manifestação doutrinária que, em seguida, se transcreve, mostrando que, para prestar serviços de saúde, muitas vezes é essencial a aplicação de recursos em atividades que não são diretamente serviços de saúde, mas sem as quais a atividade-fim não poderia ser executada:

Deve-se atentar, por fim, que o objeto de uma parceria na saúde pode envolver a construção de uma obra, a reforma de um edifício, a execução de serviços diversos, a compra e a venda de bens. Para tanto, é imprescindível que tais ações: (i) sejam necessárias, instrumentais e acessórias à realização do objeto ajustado; e (ii) estejam especificadas e sejam executadas conforme o plano de trabalho.

Deve-se perceber, nessa medida, que grande parte dos serviços de assistência à saúde prestados por meio de parcerias com a iniciativa privada depende de estrutura física e de equipamentos específicos para sua execução, os quais podem constar como elementos acessórios nos planos de trabalho das parcerias.

MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de Serviços de Assistências à Saúde pelos Municípios*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 91.

Com muito maior razão pode-se afirmar que a aplicação de recursos na atividade-meio de *gestão* de serviços de saúde é inquestionavelmente correta, pois sempre haverá necessidade de uma estrutura administrativa, para controle de pessoal e de materiais, para a aferição da qualidade dos serviços prestados e, muito especialmente, para a fiscalização interna da aplicação dos recursos, não só para aferir a regularidade, mas também visando evitar desperdícios e obter o melhor rendimento possível dos recursos aplicados.

Pois bem, o questionamento que aqui se coloca em pauta diz respeito justamente à centralização, nas mãos de um único ente, desses custos indiretos oriundos de serviços de apoio obrigatórios para a sobrevivência da atividade-fim para a qual a Pró-Saúde se propõe.

Estamos nos referindo, por exemplo, a serviços de contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos.

Causa espanto que órgãos como as Secretarias de Saúde, Ministério Público, Tribunais de Contas não tenham observado que uma atuação centralizada é exatamente o melhor caminho para a otimização desses custos indiretos, gerando uma notável economia de escala.

A constatação é óbvia: é muito mais eficiente, racional e menos custoso ter as atividades-meio concentradas no âmbito de uma única gestora central do que os entes localizados no âmbito nacional terem que se aparelhar, cada qual, com os serviços de apoio próprios.

Do ponto de vista da eficiência, é importante ressaltar, ainda, que operação centralizada da rede de unidades de saúde possibilita, por exemplo, a extensão a todas as unidades de uma única solução criada a partir de um problema verificado pontualmente.

Imagine-se uma cobrança indevida de um tributo municipal por uma dada Prefeitura. A solução encontrada para esse caso será aproveitada para outras eventuais cobranças. O mesmo raciocínio se aplica à melhoria dos sistemas de informática, o que, também, se estende a todas as unidades sob o comando da Consulente.

Por fim, é bom lembrar, também, que a contratação é originalmente norteadada por um teto, dentro do qual já estão embutidos os custos indiretos inerentes a uma administração central, inexistindo, portanto, qualquer impacto no montante do recurso público a ser despendido.

Enfim, a legitimidade da cobrança dos custos indiretos por uma administração centralizada é tão cristalina, que a própria base fática aqui descrita já é capaz de demonstrar argumentos bastante robustos nesse sentido.

De todo modo, passaremos, na sequência, a discorrer sobre os fundamentos jurídicos, através de legislação e doutrina aplicáveis à matéria, que demonstram de forma inequívoca e definitiva que o interesse público milita em favor de uma administração centralizada na gestão do setor da saúde, nos exatos moldes previstos no caso vertente.

3. *Análise da legislação aplicável aos fatos em exame*

O exame da legislação aplicável às questões em exame começa pelo texto da Constituição Federal, mas, significativamente, pela nova redação dada ao art. 37 pela EC 19/98, que é um marco na implantação da chamada reforma administrativa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte:

Nessa transcrição foi destacado o princípio da *eficiência*, que foi agregado ao texto original pela mencionada EC, e que é de especial relevância para o desenvolvimento deste estudo.

Para uma melhor compreensão da relevância desse princípio (e de outros que serão mencionados mais adiante) é fundamental que se tenha uma visão mais clara do significado e da importância dos princípios jurídicos no direito brasileiro atualmente. Isso será feito com o auxílio de um texto da doutrina:

Em primeiro lugar, é preciso deixar ainda mais claro que os princípios não são meras declarações de sentimento ou de intenção, desprovidos de qualquer positividade. Princípios também são “normas”, ou seja, são dotados de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou, pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

Além disso, os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas isoladas. É pacífico na doutrina que as

normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico. Diante de uma lacuna normativa, diante da falta de normação expressa para uma determinada situação, diante de uma dúvida interpretativa, deve-se decidir o caso concreto à luz dos princípios, da maneira mais condizente com o significado do princípio ou dos princípios aplicáveis à específica questão em exame.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.79.

Atualmente, não basta que o gestor de interesses públicos (seja na administração pública ou nos entes de colaboração) se limite ao fiel e formal cumprimento da literalidade da lei. A EC 19/98, normalmente designada como “Emenda da Reforma Administrativa”, foi o marco principal da substituição do antigo modelo burocrático pelo modelo gerencial, no qual as atividades de controle são abrandadas, quanto aos procedimentos, e devem estar focadas nos resultados alcançados. O formalismo deve ceder em nome da eficiência e de outros princípios a ele correlacionados, também consagrados no texto constitucional.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Isso fica muito claro pela simples leitura do texto constitucional ao dispor sobre o controle da aplicação de recursos públicos:

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

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos* ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumida obrigações de natureza pecuniária (art. 70 da CF/88). (grifo nosso)

O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse “bom-senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito.

A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 16, São Paulo: Editora RT, 1996. p. 173.

A jurisprudência, inclusive e especialmente nos Tribunais Superiores, também já assimilou e aplica o princípio da razoabilidade. É importante evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal (“burocrática”, no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos são praticados e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Desde muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita frequência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns Acórdãos cujos respectivos Eminentes Ministros Relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min. Marco Aurélio, HC 77.003-4-PE, RE 211.043-4-SP, RE 148.095-5-MS, RE 226.461-9-CE, RE 192.568-0-PI e Agr. Reg. em RE 205.535-2-RS; Min. Moreira Alves, Repr. 1077-RJ (RTJ 112/34); Min. Celso Mello, ADIn 1158-8-AM; e Min. Sepúlveda Pertence, ADIn 855-2-PR e HC 76.060-4-SC.

Nesse ponto, pode-se voltar ao exame do texto constitucional, que, no inciso II, de seu art. 74, refere-se ao controle da aplicação de recursos públicos por entidades privadas, dando ênfase à avaliação dos resultados:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades

da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (grifo nosso)

Tendo ficado suficientemente destacada a relevância dos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, pode-se agora ingressar na área da prestação de serviços de saúde. Sem entrar em maiores detalhes, é suficiente, para os fins deste estudo, a leitura dos dispositivos constitucionais que se transcrevem:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

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

O texto constitucional supratranscrito se refere a contratos ou convênios. No caso em exame, não obstante tenha sido firmado um “Contrato de Gestão”, o que se tem, na verdade, tendo em vista o conteúdo do ajuste firmado, é um convênio, pois não se trata do pagamento pela execução de um serviço, mas, sim, do repasse, a entidades privadas, de recursos públicos, com condições que assegurem a realização dos interesses públicos que justificaram o repasse das verbas.

Essa diferenciação foi feita, com sua costumeira clareza e objetividade, pela notável jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo texto, sobre o controle dos convênios, precisa ser transcrito, dado que se ajusta perfeitamente ao caso em exame e já adianta a resposta a um dos quesitos especificamente formulados. Leia-se:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Dessa distinção resulta uma consequência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem, de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do

contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público; aquele valor deixou de ser dinheiro público no momento em que entrou para o patrimônio privado; vale dizer que o interesse do Poder Público se exaure com a entrega definitiva do objeto do contrato nas condições estipuladas.

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública* (Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada), 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 297.

Ou seja: o dinheiro público não perde essa natureza, pois é um dinheiro “carimbado”, destinado a uma específica finalidade. Porém, a maneira de utilizar tais dinheiros, pela entidade conveniente que os recebeu, é completamente diferente. É abissal a diferença entre a contabilidade pública e a contabilidade das entidades privadas. Aliás, essa é uma das razões que justificam o repasse dos recursos a entidades privadas, que podem e devem agir com um mínimo de burocracia e um máximo de agilidade.

A entidade consulente, Pró-Saúde – Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como “Organização Social”, nos termos da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, cujos requisitos de existência e funcionamento atende perfeitamente. O único problema, que é objeto da presente consulta, está na aplicação dos recursos a ela transferidos pelo Poder Público.

Para poder receber tais recursos, a consulente firmou, com diversos entes federativos, “Contratos de Gestão” por meio dos quais recebeu recursos com o encargo e a finalidade de gerenciar unidades de saúde. O conceito de contrato de gestão é dado pelo art. 5º da mencionada Lei:

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

Note-se, portanto, conforme dito acima, que, não obstante a designação, não se trata de um típico contrato (sinalagmático e comutativo), mas sim de um típico convênio, para atuação em parceria.

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;

Neste exame da legislação aplicada ao caso em estudo é essencial o exame da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece normas gerais para as parcerias firmadas pela administração pública:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

No Art. 2º, e seu inciso I, a Lei 13.019/14 apresenta um conceito de organização da sociedade civil que é muito relevante para compreensão das questões postas na formulação da consulta:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

Fica perfeitamente claro que a organização social exerce uma atividade econômica, na medida em que aplica recursos para a obtenção de determinados resultados. A organização social pode ter lucro, ou seja, pode ter um resultado

favorável na aplicação dos recursos. O que não pode é distribuir lucros ou dividendos, devendo reaplicar saldos eventualmente aferidos, na própria entidade e para as mesmas finalidades para as quais foi instituída.

Além dos condicionamentos constantes do próprio conceito de organização social, as entidades assim qualificadas, ao celebrarem um convênio com a administração pública, ficam obrigadas a observar as diretrizes estabelecidas no art. 6º, do qual se destacam os incisos II, VII e VIII, por sua especial pertinência com o caso em exame:

Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria:

[...]

II – a priorização do controle de resultados;

[...]

VII – a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII – a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos.

Esses três incisos resumem muito bem o que foi sendo salientado ao longo deste estudo: a priorização do controle de resultados exige que, na gestão, os controles se reduzam ao estritamente necessário para coibir desvios e que essa gestão seja feita por pessoal perfeitamente capacitado e permanentemente atualizado. São não só indispensáveis, mas prioritárias, as despesas indiretas (os custos indiretos) voltados para a observância dessas determinações legais.

A indagação, fundamental, constante dos quesitos especificamente formulados, está respondida pelo art. 46 da Lei 13.019/14, em sua versão atual, com as muitas alterações e com a redação dada pela Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015, especialmente em seu inciso III:

Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

I – remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;

II – diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;

III – custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;

IV – aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Todos os incisos se referem a custos indiretos, mas o inciso III se refere, expressamente, a “custos indiretos necessários à execução do objeto”. Evidentemente, também esses custos indiretos devem pautar-se pelos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. No caso em exame, a centralização administrativa permite que se gaste menos, com mais agilidade, com menos burocracia e com melhores resultados.

Acima de tudo, é importante destacar que essa centralização possibilita a adoção de práticas e soluções uniformes, na medida em que problemas enfrentados e resolvidos por uma unidade sejam aproveitados por todas, com evidentes ganhos de racionalização e economia. Nos termos da consulta: os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia trazem proveito, sim, para uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo, ou em qualquer outra unidade prestadora dos serviços de saúde, podendo ter uma função profilática, evitando que a mesma questão seja suscitada por outras unidades federativas.

Por último, no tocante à indagação sobre se os recursos aplicados ao convênio são públicos ou privados, há um divisor de águas no art. 51 da Lei 13.019/14: “Art. 51. Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta corrente específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela administração pública.”

Os recursos serão sempre públicos em função de sua necessária aplicação na atividade de interesse público que justificou a celebração do convênio. Eles não podem servir a qualquer outra finalidade. Entretanto, há uma enorme diferença no tocante à gestão desses mesmos recursos. Até o momento em que eles são depositados na mencionada conta-corrente específica, sua movimentação, nesse caminho, deve pautar-se por normas da contabilidade típica da entidade administrativa depositante. Mas, uma vez feito o depósito, daí para diante, sua gestão, seu uso, sua aplicação e até sua prestação de contas, deverão observar as normas de direito privado, caracterizando-se pela liberdade de atuação e pelo sigilo quanto a estratégias negociais, observados os limites e condições expressamente estabelecidos nos termos do convênio.

4. Considerações gerais

O que se pode notar, nos termos da consulta e no decorrer do estudo, é a existência de certo descompasso, entre a atuação dos órgãos de fiscalização (órgãos de controle interno do Executivo, Ministério Público e Tribunais de Contas) e a grande, e rápida, evolução da gestão pública, a partir da chamada Reforma Administrativa.

Ainda existem resquícios de uma antiga oposição de interesses e de uma suposta hierarquia entre a administração pública e os particulares. Esse relacionamento mudou completamente. A desconfiança foi substituída pela boa-fé, a legalidade estrita (rigoroso controle da forma) pela execução de políticas públicas (maior preocupação com os resultados) e os contratos pela celebração de parcerias, cujo pressuposto é a confiança recíproca.

As condutas das partes que atuam em parceria devem ser avaliadas menos pela literalidade das normas, mas, sim, pela observância dos princípios da legalidade (que não se confunde com estrita legalidade), eficiência, economicidade e razoabilidade.

Os particulares, quando atuam na qualidade de entes de colaboração, não perdem sua condição de pessoa jurídica de direito privado e necessitam ter liberdade de gestão e, acima de tudo, segurança jurídica. Não é o caso de se dissertar aqui sobre a relevância desse superprincípio, mas é conveniente transcrever uma lição do saudoso mestre Geraldo Ataliba:

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, RT, 1985. p. 151.

Isso que foi dito sobre os empresários, vale também para as entidades sem fins lucrativos, que não podem funcionar regularmente num clima de instabilidade de orientações e entendimentos, por parte de seus parceiros públicos.

Nesse ponto, na questão da segurança jurídica, fica mais visível a conveniência de uma administração centralizada. O diálogo com as entidades públicas convenientes fica bem mais fácil, na medida em que todas elas contam com um (único) interlocutor. Em lugar da existência de muitas discussões isoladas, que não se comunicam, é possível firmar entendimentos, que serão observados uniformemente pelas entidades conveniadas prestadoras dos serviços finais, e que servirão como referência também para todas as entidades públicas que firmam as diversas parcerias.

Em resumo, a existência de uma administração central não é de interesse apenas das entidades privadas que atuam como entes de colaboração, mas são também de enorme interesse das entidades públicas parceiras, pois todos ganham com a segurança jurídica disso decorrente.

5. Conclusões

À luz de tudo quanto foi anteriormente exposto, pode-se, agora, responder, direta e objetivamente, a cada um dos quesitos especificamente formulados:

a) Pela 'Lei das Organizações Sociais' (Lei 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos anteriormente referidos 'custos indiretos'?

Resposta: Não há vedação alguma, nem poderia haver, pois sempre existe uma atividade-meio, para a realização da atividade-fim. É inevitável a ocorrência de custos indiretos.

b) Não trazendo referida Lei 9.637/98 disposições nesse sentido, o 'Marco Regulatório do Terceiro Setor' (Lei 13.019/14), embora não revogue a Lei 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos 'custos indiretos', como também à sistemática de seu rateio?

Resposta: Sim, a Lei 13.019/14 está em vigor e pode ser aplicada diretamente, pois em seu art. 46 está autorizado o pagamento de custos indiretos.

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tidos como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

Resposta: Sim. A atividade da consulente é uma atividade econômica, embora sem fins lucrativos. Como toda atividade econômica, existem riscos que precisam ser considerados no desenvolvimento de suas atividades.

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

Resposta: A Consulente tem não só o direito, mas também o dever de promover o constante aperfeiçoamento técnico-profissional de seus quadros, em benefício da qualidade dos serviços prestados.

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais 'custos indiretos'?

Resposta: O princípio geral da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil, espraia-se por todas as relações contratuais, inclusive convênios, e abrange o cumprimento de todas as obrigações, inclusive a prestação de contas. A documentação apresentada, balanços e balancetes, gozam da presunção de veracidade.

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle), além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu know-how, planos estratégicos etc.?

Resposta: Os excessos de fiscalização sempre comprometem a eficiência e afetam a economicidade. O poder/dever de fiscalizar tem limites, não podendo devassar a intimidade da entidade controlada. As estratégias negociais não podem ser devassadas.

g) Por último, quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta-corrente vinculada ao 'Contrato de Gestão'? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta-corrente da 'administração central' da ora Consulente?

Resposta: Os recursos públicos não perdem essa característica até sua aplicação na finalidade pública especificada no repasse, mas, uma vez transferidos para a conta-corrente da "administração central" da consulente, passam a ser

geridos com a liberdade inerente à iniciativa privada, que deve utilizá-los de maneira a promover a economicidade e a melhor qualidade na prestação dos serviços previstos no "Contrato de Gestão".

S.M.J. é o parecer.

São Paulo, 03 de janeiro de 2018.

Ives Gandra da Silva Martins

OAB/SP 11.178

Adilson Abreu Dallari

OAB/SP: 19.696

P2018-002 Pró-Saúde – Adilson Dallari e Ives Gandra

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Efetividade do direito à saúde pública no Brasil, de Eduardo Cambi e Daniele Bohrz Boff – RT 954/119-151 (DTR\2015\2089).

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

150 – Junho/2018

Conselho Editorial

Alexandre de Moraes
Carlos Ari Sundfeld
Fernando Dantas Casillo Gonçalves
Ivan Barbosa Rigolin
Ives Gandra da Silva Martins
Kiyoshi Harada
Maria Garcia
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Misabel de Abreu Machado Derzi
Odete Medauar
Sidney Bittencourt
Toshio Mukai

sage

SÍNTESE

Consulente: Pró-saúde — Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie e Professor Titular de Direito Administrativo.

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular de Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Consulente: Pró-Saúde – Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar.

Assunto: Organização social; administração central; custos indiretos; rateio; legalidade, eficiência, economicidade e razoabilidade.

CONSULTA

1. A Pró-Saúde, ora consulente, é uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos, com atuação fortemente voltada para a área da saúde, especialmente na gestão de unidades de atendimento ao SUS.

2. Para tanto, em regra, com diversos entes federativos, qualificando-se perante estes como “Organização Social” (nos moldes da Lei nº 9.637/1998), bem como participando dos necessários e prévios “chamamentos públicos”, firma “contratos de gestão”, por meio dos quais passa, então, a gerenciar as unidades de saúde que lhe são confiadas.

3. Em contrapartida, recebe repasses de recursos públicos, estes necessários ao desenvolvimento das atividades contratadas e à cobertura, evidentemente, de todos os seus custos inerentes (diretos e indiretos).

4. Por ter envergadura nacional, tem-se que a ora consulente vale-se de uma “administração central” em São Paulo (com fins de obtenção de “ganhos de escala” e de redução de custos), a qual assim apoia com inúmeros serviços aqui centralizados (contabilidade, assessoria jurídica, departamen-

to pessoal, recursos humanos etc.) todas essas contratações com o Poder Público que tem em andamento.

5. Indigitada “administração central” suporta, ainda, (i) todos os riscos inerentes à atividade, os quais se consubstanciam, ordinariamente, em condenações judiciais de cunhos civis, trabalhistas etc.; (ii) todo o ônus decorrente de sua própria existência e manutenção como entidade filantrópica (e aqui se está a falar de uma gama praticamente infundável de requisitos legais a serem cumpridos), condição essa da qual, evidentemente, também se beneficia o Poder Público quando contratada uma “organização social”, e não uma empresa, para a gestão de quaisquer serviços; e (iii) todo o peso financeiro ínsito à atual necessidade de constante e dispendiosa atualização profissional, técnica, gerencial etc., itens dos quais novamente se beneficia indiretamente o Poder Público.

6. Os respectivos custos daí decorrentes, em sistemática similar ao “BDI” a que fazem jus as construtoras ao realizarem obras públicas, são, então, rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes (*dentro, obviamente, dos limites dos repasses públicos pactuados*), com base nos documentos contábeis da consulente (balanços/balancetes).

7. Nada mais corriqueiro, até mesmo por conta do advento do “Marco Regulatório do Terceiro Setor” (Lei nº 13.019/2014), que, em seu art. 46, traz expressamente a possibilidade de os repasses públicos virem a cobrir tais custos, tidos como “indiretos”.

8. Ocorre, porém, que, quando das devidas prestações de contas dos repasses públicos recebidos, seja perante Secretarias de Saúde, perante o Ministério Público e/ou perante Tribunais de Contas, referidos órgãos mostram-se deveras avessos à liquidação destes indigitados “custos indiretos” (demonstrados via balanço/balancetes oficiais e critérios de rateio), alegando, em síntese, “não se poder vinculá-los diretamente ao projeto” (“afinal, o que os custos da defesa da condição filantrópica da consulente na Bahia, por exemplo, teria a ver com a administração de uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo?”).

9. Assim é que, mesmo inexistindo qualquer impacto no montante do recurso público repassado (com teto limitado pela contratação formalizada, ao que, só por isso, os “custos indiretos” jamais poderiam ser desarrazoados, na medida em que, somados “àqueles diretos”, devem permitir o regular cumprimento do contrato), ou se recusam a saldá-lo (glosando valores, por exemplo), ou impõem exigências praticamente invencíveis na sua demonstração, totalmente descabidas no que tange à esfera privada de

atuação da ora consulente, tal qual, por exemplo, a exibição de contratos particulares com terceiros, se indigitada contratação privada foi precedida ou não de “seleção pública imparcial e impessoal” etc., isto tudo com o fim último de “fabricar” a acima aludida “desvinculação do projeto” e injustamente “forçar” a redução do valor de um contrato sem qualquer diminuição de escopo.

10. Isto tudo, veja-se o paradoxo, à luz dos princípios da “transparência” e da “correta aplicação dos recursos públicos”!

11. Tal atitude, com efeito, por propiciar consequente desequilíbrio financeiro, põe em risco não só a contratação encetada com o Poder Público, como também a própria saúde financeira da ora consulente, que fica impedida de honrar seus compromissos relativos a tais “custos indiretos”.

12. Saber, então, ser lícito, ou não, este comportamento por parte da Administração e dos demais órgãos de controle interno e externo (incluindo-se o Ministério Público) é a razão da presente consulta, ao que a ora consulente formula as seguintes indagações:

- a) Pela “Lei das Organizações Sociais” (Lei nº 9.637/1998), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos “custos indiretos”?
- b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/1998 disposições neste sentido, o “Marco Regulatório do Terceiro Setor” (Lei nº 13.019/2014), embora não revogue a Lei nº 9.637/1998, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos “custos indiretos”, como também à sistemática de seu rateio?
- c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da consulente?
- d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

- e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas não seriam os balanços/balancetes da ora consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais “custos indiretos”?
- f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos etc.?
- g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta corrente vinculada ao “contrato de gestão”? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta corrente da “administração central” da ora consulente?
- h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as “despesas e custos indiretos” pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na seara privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?
- i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balancetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de “excesso de fiscalização” e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?

PARECER

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A colaboração entre entidades públicas e privadas, no desempenho de atividades necessárias ao desenvolvimento da coletividade, é uma “no-

vidade” muito antiga. Desde os primórdios da colonização, entidades privadas cuidavam (e ainda cuidam) de educação (os jesuítas), das santas casas e de asilos. O primeiro serviço público de relevância (ferrovia) também foi operado por particulares.

Não obstante essa longa prática, nunca houve (até recentemente) uma disciplina uniforme, nacional, do relacionamento entre a Administração Pública e essas entidades, qualificadas como “de utilidade pública”, por diferentes normas federais, estaduais e municipais. Somente com o texto constitucional de 1988, que trouxe um capítulo cuidando da Administração Pública em geral e todo um título sobre a ordem social, foi possível a edição de uma legislação, de caráter nacional, de observância obrigatória para os três níveis de governo. Assim é que foi possível dar organicidade ao funcionamento dessas entidades.

Porém, é preciso observar que houve uma linha constante e coerente de evolução no relacionamento entre a Administração Pública e as entidades privadas. Por ocasião da promulgação da Constituição Federal, em 1988, havia, na doutrina e na jurisprudência, uma rígida separação entre o público e o privado. Serviços públicos eram tarefas do setor público e eram regidos por normas de direito público. Atividades econômicas deveriam ser desenvolvidas pelo setor privado da economia, num regime jurídico de direito privado.

Existiam alguns pontos de interligação, como é o caso das empresas estatais e dos concessionários de serviços públicos. Cabe mencionar também os entes de colaboração (Sistema “S”, Sesi, Sesc, Senai, Senac etc.) e, ainda, nessa linha divisória, as entidades de controle do exercício profissional (OAB, CFM, Confea etc.).

Mas o crescimento da população e a urbanização da sociedade brasileira trouxeram grandes desafios, tornando impraticável aquela separação rígida e determinando, como algo imprescindível ao atendimento das necessidades emergentes, a atuação, em parceria, de entidades públicas e privadas. A ideia de parceria surgiu no contexto da modernização da Administração Pública, cujo tema central está no abandono do formalismo estéril, em benefício do atingimento dos fins de interesse público almejados. O ponto central está em que a Administração tem um caráter instrumental e está vinculada aos fins de interesse público, cuja dinâmica deve acompanhar. O objetivo era e ainda é a otimização dos recursos disponíveis e a obtenção de melhores resultados.

Deixando de lado temas sensíveis como a privatização e a desestatização, vamos nos concentrar na terceirização, entendendo-se como tal a transferência de atividades a particulares, qualificados como “entes de cooperação”, cuja caracterização é dada por um dos mais respeitados tradadistas do tema:

Os “entes de cooperação” são pessoas jurídicas de direito privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na Administração direta ou indireta do Estado. [...] Os entes de cooperação são entidades “quase-públicas” ou “públicas não estatais”, porque ocupadas com o desempenho de atividades de imediato interesse coletivo. Em regra, são instituições sem ânimo de lucro, reinvestindo todas as suas receitas ou excedentes financeiros nas próprias finalidades sociais. [...] São entidades do chamado “terceiro-setor”, organizações que não são nem estatais, nem mercantis, vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem o lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais. (MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio – Serviço de saúde – Conceito de serviço público e serviço de relevância pública. *RTDP – Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, nº 28, p. 117-118, 1999)

Não há dúvida de que tais entidades, quando recebem recursos públicos, estão obrigadas a aplicá-los no desempenho das ações de interesse público que justificaram tanto sua existência quanto o recebimento das verbas. O debate, neste, estudo, estará centrado na questão dos objetivos e limites da fiscalização necessariamente exercida pela entidade pública que proporcionou tais recursos.

II – RESUMO DAS QUESTÕES EM EXAME

A descrição dos fatos no âmbito da consulta revela o tema central que será abordado no presente estudo.

Trata-se, fundamentalmente, da gestão inteligente de recursos públicos, o que enseja, em última instância, uma notável economia de escala e redução de custos.

Com efeito, o caso concreto reporta-se à gestão nacional de unidades de atendimento ao SUS centralizada em um único ente localizado em São Paulo, sob o comando de uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos: a Pró-Saúde.

Obviamente, como todo e qualquer órgão que representa uma administração central, a Pró-Saúde suporta inúmeros custos relativos a atividades meio absolutamente imprescindíveis à concretização do seu objetivo maior e final, qual seja, a gestão das unidades do SUS em nível nacional para a qual foi contratada.

Conforme abordado na consulta, essas atividades de caráter instrumental ensejam os chamados “custos indiretos”, custos esses rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes, respeitados os limites dos repasses públicos pactuados.

É muito oportuna a manifestação doutrinária que, em seguida, se transcreve, mostrando que, para prestar serviços de saúde, muitas vezes é essencial a aplicação de recursos em atividades que não são diretamente serviços de saúde, mas sem as quais a atividade-fim não poderia ser executada:

Deve-se atentar, por fim, que o objeto de uma parceria na saúde pode envolver a construção de uma obra, a reforma de um edifício, a execução de serviços diversos, a compra e a venda de bens. Para tanto, é imprescindível que tais ações: (i) sejam necessárias, instrumentais e acessórias à realização do objeto ajustado; e (ii) estejam especificadas e sejam executadas conforme o plano de trabalho. Deve-se perceber, nessa medida, que grande parte dos serviços de assistência à saúde prestados por meio de parcerias com a iniciativa privada depende de estrutura física e de equipamentos específicos para sua execução, os quais podem constar como elementos acessórios nos planos de trabalho das parcerias. (MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistências à saúde pelos municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91)

Com muito maior razão pode-se afirmar que a aplicação de recursos na atividade meio de *gestão* de serviços de saúde é inquestionavelmente correta, pois sempre haverá necessidade de uma estrutura administrativa, para controle de pessoal e de materiais, para a aferição da qualidade dos serviços prestados e, muito especialmente, para a fiscalização interna da aplicação dos recursos, não só para aferir a regularidade, mas também visando evitar desperdícios e obter o melhor rendimento possível dos recursos aplicados.

Pois bem, o questionamento que aqui se coloca em pauta diz respeito justamente à centralização, nas mãos de um único ente, desses custos indiretos oriundos de serviços de apoio obrigatórios para a sobrevivência da atividade fim para a qual a Pró-Saúde se propõe.

Estamos nos referindo, por exemplo, a serviços de contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos.

Causa espanto que órgãos como as Secretarias de Saúde, Ministério Público, Tribunais de Contas não tenham observado que uma atuação centralizada é exatamente o melhor caminho para a otimização desses custos indiretos, gerando uma notável economia de escala.

A constatação é óbvia: é muito mais eficiente, racional e menos custoso ter as atividades meio concentradas no âmbito de uma única gestora central do que os entes localizados no âmbito nacional terem que se aparelhar, cada qual, com o serviços de apoio próprios.

Do ponto de vista da eficiência, é importante ressaltar, ainda, que operação centralizada da rede de unidades de saúde possibilita, por exemplo, a extensão a todas unidades de uma única solução criada a partir de um problema verificado pontualmente.

Imagine-se uma cobrança indevida de um tributo municipal por uma dada Prefeitura. A solução dada para esse caso será aproveitada para outras eventuais cobranças. O mesmo raciocínio aplica-se à melhoria dos sistemas de informática, o que, também, se estende a todas unidades sob o comando da consulente.

Por fim, é bom lembrar, também, que a contratação é originalmente norteadada por um teto, dentro do qual já estão embutidos os custos indiretos inerentes a uma administração central, inexistindo, portanto, qualquer impacto no montante do recurso público a ser despendido.

Enfim, a legitimidade da cobrança dos custos indiretos por uma administração centralizada é tão cristalina, que a própria base fática aqui descrita já é capaz de demonstrar argumentos bastante robustos nesse sentido.

De todo modo, passaremos, na sequência, a discorrer sobre os fundamentos jurídicos, através de legislação e doutrina aplicáveis à matéria, que demonstram, de forma inequívoca e definitiva, que o interesse público milita em favor de uma administração centralizada na gestão do setor da saúde, nos exatos moldes previstos no caso vertente.

III – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS FATOS EM EXAME

O exame da legislação aplicável às questões em exame começa pelo texto da Constituição Federal, mas, significativamente, pela nova redação

dada ao art. 37 pela EC 19/1998, que é um marco na implantação da chamada reforma administrativa:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte:

[...]

Nessa transcrição foi destacado o princípio da *eficiência*, que foi agregado ao texto original pela mencionada EC, e que é de especial relevância para o desenvolvimento deste estudo.

Para uma melhor compreensão da relevância desse princípio (e de outros que serão mencionados mais adiante), é fundamental que se tenha uma visão mais clara do significado e da importância dos princípios jurídicos no Direito brasileiro atualmente. Isso será feito com o auxílio de um texto da doutrina:

Em primeiro lugar, é preciso deixar ainda mais claro que os princípios não são meras declarações de sentimento ou de intenção, desprovidos de qualquer positividade. Princípios também são “normas”, ou seja, são dotados de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou, pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis. Além disso, os princípios são **vetores interpretativos**; servem para orientar a correta interpretação das normas **isoladas**. É **pacífico** na doutrina que as normas jurídicas **podem** comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico. Diante de uma lacuna normativa, diante da falta de normação expressa para uma determinada situação, diante de uma dúvida interpretativa, deve-se decidir o caso concreto à luz dos princípios, da maneira mais condizente com o significado do princípio ou dos princípios aplicáveis à específica questão em exame. (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79)

Atualmente, não basta que o gestor de interesses públicos (seja na Administração Pública ou nos entes de colaboração) limite-se ao fiel e formal cumprimento da literalidade da lei. A EC 19/1998, normalmente designada como “Emenda da Reforma Administrativa”, foi o marco principal da substituição do antigo modelo burocrático pelo modelo gerencial, no qual as atividades de controle são abrandadas, quanto aos procedimentos, e devem estar focadas nos resultados alcançados. O formalismo deve ceder em nome

da eficiência e de outros princípios a ele correlacionados, também consagrados no texto constitucional.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei; deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Isso fica muito claro pela simples leitura do texto constitucional ao dispor sobre o controle da aplicação de recursos públicos:

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

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos* ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Obviamente, a prestação de contas, prevista no parágrafo, deve demonstrar, com clareza, que a aplicação dos recursos foi feita com observância dos tópicos constante do *caput* do artigo.

Ao discorrer sobre os tipos de controle, mencionados no art. 70 da Constituição Federal, o justamente renomado constitucionalista José Afonso da Silva assim enfoca o controle da economicidade:

Controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 756-757)

A necessidade de observância do princípio da economicidade já foi destacada em trabalho publicado por um dos signatários do presente estudo:

Uma das finalidades legais certamente sempre será a execução do objeto contratado com a melhor relação custo-benefício, sempre será a aplicação ótima dos recursos públicos, o que pode ser traduzido como a concretização, em cada caso específico, do princípio constitucional da economicidade. (DALLARI, Adilson Abreu. *Alterações dos contratos administrativos – Econo-*

micidade, razoabilidade e eficiência. *RTDP – Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, nº 40, p. 9, 2002)

Dado que a economicidade é um ponto central das questões aqui examinadas, convém sejam referidas outras manifestações, de respeitáveis doutrinadores:

O exame realizado pelas Cortes de Contas ultrapassa a análise meramente burocrática. Verifica não só os elementos formais que norteiam o processo de despesa, como também a relação custo benefício, a aferição da atuação ótima das ações administrativas, a mais rentável possível em se considerando o interesse público envolvido... (GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 89)

No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. (FREITAS, Juares. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85/86)

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, 121, Senado Federal, p. 267, 1994)

Seja permitido, por último, quanto ao entendimento do significado jurídico e prático da economicidade, transcrever fragmentos de um longo e cuidadoso estudo específico, exatamente sobre a fiscalização das prestações de contas no tocante à economicidade:

Pelo princípio da economicidade presente no art. 70 da CF, pode-se averiguar a relação entre custo e benefício, tomando como partida a verba destinada para determinada finalidade e o seu emprego racional conforme metas estabelecidas *a priori*.

Reveste-se do conceito de eficiência caracterizado pela tentativa de com o mínimo de empregos de recursos e esforços obter o máximo possível de resultados favoráveis.

Pelo princípio da economicidade é possível controlar de maneira mais eficaz a entrada de dinheiro dirigida a uma determinada atividade pública e o seu emprego racional, evitando o máximo possível de desperdícios e malversação da verba pública.

No nosso entendimento, o princípio da economicidade é um instrumento de averiguação da relação gasto público e benefício auferido, a ser empregado na subjetividade de cada caso, pois a medida da economicidade só pode ser verificada a partir da realidade de um determinado fato administrativo, onde possamos a partir de determinada verba examinar se os benefícios foram ou não alcançados, ou se ocorreu algum tipo de desvio que impossibilitou o atingimento da finalidade perquirida pela Administração Pública.

(MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da Administração Pública em face da economicidade. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nº 61, jul. 1994)

Diante de todas essas manifestações, fica perfeitamente claro que economicidade não significa gastar menos, mas, sim, aplicar recursos de maneira a que se possa atingir melhores resultados na aplicação de recursos públicos, seja diretamente pela administração, seja indiretamente, por intermédio de entidades de colaboração, como é o caso em exame.

Recorrendo, uma vez mais, à doutrina, pode-se notar que a economicidade tem estreitas ligações com outro princípio jurídico que, dia a dia, vem ganhando maior prestígio, qual seja, o da razoabilidade:

O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse “bom-senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito. A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, nº 16, p. 173, 1996)

A jurisprudência, inclusive e especialmente nos Tribunais Superiores, também já assimilou e aplica o princípio da razoabilidade. É importante evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal (“burocrática”, no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos são praticados e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Desde muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita frequência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns acórdãos cujos respectivos eminentes ministros relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min. Marco Aurélio, HC 77.003-4/PE, RE 211.043-4/SP, RE 148.095-5/MS, RE 226.461-9/CE, RE 192.568-0/PI e AgRg-RE 205.535-2/RS; Min. Moreira Alves, Repr. 1077/RJ (RTJ 112/34); Min. Celso de Mello, ADIn 1158-8/AM; e Min. Sepúlveda Pertence, ADIn 855-2/PR e HC 76.060-4/SC.

Neste ponto, pode-se voltar ao exame do texto constitucional, que, no inciso II de seu art. 74, refere-se ao controle da aplicação de recursos públicos por entidades privadas, dando ênfase à avaliação dos resultados:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

[...]

Tendo ficado suficientemente destacada a relevância dos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, pode-se, agora, ingressar na área da prestação de serviços de saúde. Sem entrar em maiores detalhes, é suficiente, para os fins deste estudo, a leitura dos dispositivos constitucionais que se transcrevem:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

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

O texto constitucional supratranscrito refere-se a contratos ou convênios. No caso em exame, não obstante tenha sido firmado um “contrato de gestão”, o que se tem, na verdade, tendo em vista o conteúdo do ajuste

firmado, é um convênio, pois não se trata do pagamento pela execução de um serviço, mas, sim, do repasse, a entidades privadas, de recursos públicos, com condições que assegurem a realização dos interesses públicos que justificaram o repasse das verbas.

Essa diferenciação foi feita, com sua costumeira clareza e objetividade, pela notável jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo texto, sobre o controle dos convênios, precisa ser transcrito, dado que se ajusta perfeitamente ao caso em exame e já adianta a resposta a um dos quesitos especificamente formulados. Leia-se:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Dessa distinção resulta uma consequência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem, de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público; aquele valor deixou de ser dinheiro público no momento em que entrou para o patrimônio privado; vale dizer que o interesse do Poder Público se exaure com a entrega definitiva do objeto do contrato nas condições estipuladas.

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública* (Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 297)

Ou seja: o dinheiro público não perde essa natureza, pois é um dinheiro “carimbado”, destinado a uma específica finalidade. Porém, a maneira de utilizar tais dinheiros, pela entidade conveniente que os recebeu, é completamente diferente. É abissal a diferença entre a contabilidade pública e a contabilidade das entidades privadas. Aliás, essa é uma das razões que justificam o repasse dos recursos a entidades privadas, que podem e devem agir com um mínimo de burocracia e um máximo de agilidade.

A entidade consulente, Pró-Saúde – Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como “organização social”, nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cujos requisitos de existência e funcionamento atende perfeitamente. O único problema, que é objeto da presente consulta, está na aplicação dos recursos a ela transferidos pelo Poder Público.

Para poder receber tais recursos, a consulente firmou, com diversos entes federativos, “contratos de gestão” por meio dos quais recebeu recursos com o encargo e a finalidade de gerenciar unidades de saúde. O conceito de contrato de gestão é dado pelo art. 5º da mencionada lei:

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

Note-se, portanto, conforme dito acima, que, não obstante a designação, não se trata de um típico contrato (sinalagmático e comutativo), mas sim de um típico convênio, para atuação em parceria.

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;

[...]

Neste exame da legislação aplicada ao caso em estudo, é essencial o exame da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece normas gerais para as parcerias firmadas pela Administração Pública:

Art. 1º Esta lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

No art. 2º, e seu inciso I, a Lei nº 13.019/2014 apresenta um conceito de organização da sociedade civil que é muito relevante para compreensão das questões postas na formulação da consulta:

Art. 2º Para os fins desta lei, considera-se:

I – organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

[...]

Fica perfeitamente claro que a organização social exerce uma atividade econômica, na medida em que aplica recursos para a obtenção de determinados resultados. A organização social pode ter lucro, ou seja, pode ter um resultado favorável na aplicação dos recursos. O que não pode é distribuir lucros ou dividendos, devendo reaplicar saldos eventualmente auferidos, na própria entidade e para as mesmas finalidades para as quais foi instituída.

Além dos condicionamentos constantes do próprio conceito de organização social, as entidades assim qualificadas, ao celebrarem um convênio com a Administração Pública, ficam obrigadas a observar as diretrizes estabelecidas no art. 6º, do qual se destacam os incisos II, VII e VIII, por sua especial pertinência com o caso em exame:

Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria:

[...]

II – a priorização do controle de resultados;

[...]

VII – a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII – a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos;

[...]

Esses três incisos resumem muito bem o que foi sendo salientado ao longo deste estudo: a priorização do controle de resultados exige que, na gestão, os controles se reduzam ao estritamente necessário para coibir des-

vios e que essa gestão seja feita por pessoal perfeitamente capacitado e permanentemente atualizado. São não só indispensáveis, mas prioritárias, as despesas indiretas (os custos indiretos) voltados para a observância dessas determinações legais.

A indagação fundamental, constante dos quesitos especificamente formulados, está respondida pelo art. 46 da Lei nº 13.019/2014, em sua versão atual, com as muitas alterações e com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, especialmente em seu inciso III:

Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

I – remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;

II – diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;

III – custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;

IV – aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Todos os incisos referem-se a custos indiretos, mas o inciso III refere-se, expressamente, a “custos indiretos necessários à execução do objeto”. Evidentemente, também esses custos indiretos devem pautar-se pelos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. No caso em exame, a centralização administrativa permite que se gaste menos, com mais agilidade, com menos burocracia e com melhores resultados.

Acima de tudo, é importante destacar que essa centralização possibilita a adoção de práticas e soluções uniformes, na medida em que problemas enfrentados e resolvidos por uma unidade sejam aproveitados por todas, com evidentes ganhos de racionalização e economia. Nos termos da consulta: os custos da defesa da condição filantrópica da consulente na Bahia trazem proveito, sim, para uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo, ou em qualquer outra unidade prestadora dos serviços de saúde, podendo ter uma função profilática, evitando que a mesma questão seja suscitada por outras unidades federativas.

Por último, no tocante à indagação sobre se os recursos aplicados ao convênio são públicos ou privados, há um divisor de águas no art. 51 da Lei nº 13.019/2014:

Art. 51. Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta corrente específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela Administração Pública.

Os recursos serão sempre públicos em função de sua necessária aplicação na atividade de interesse público que justificou a celebração do convênio. Eles não podem servir a qualquer outra finalidade. Entretanto, há uma enorme diferença entre a natureza dos recursos e a gestão desses mesmos recursos. Até o momento em que eles estão depositados na mencionada conta-corrente específica, sua movimentação deve pautar-se por normas da contabilidade típica da entidade administrativa depositante. Mas, uma vez feita a transferência para a conta da administração central, daí para diante, sua gestão, seu uso, sua aplicação e até sua prestação de contas deverão observar as normas de direito privado, caracterizando-se pela liberdade de atuação e pelo sigilo quanto a estratégias negociais, observados os limites e condições expressamente estabelecidos nos termos do contrato de gestão/convênio.

IV – CONSIDERAÇÕES GERAIS

O que se pode notar, nos termos da consulta e no decorrer do estudo, é a existência de um certo descompasso, entre a atuação dos órgãos de fiscalização (órgãos de controle interno do Executivo, Ministério Público e Tribunais de Contas) e a grande, e rápida, evolução da gestão pública, a partir da chamada Reforma Administrativa.

Ainda existem resquícios de uma antiga oposição de interesses e de uma suposta hierarquia entre a Administração Pública e os particulares. Esse relacionamento mudou completamente. A desconfiança foi substituída pela boa-fé, a legalidade estrita (rigoroso controle da forma) pela execução de políticas públicas (maior preocupação com os resultados) e os contratos pela celebração de parcerias, cujo pressuposto é a confiança recíproca.

As condutas das partes que atuam em parceria devem ser avaliadas menos pela literalidade das normas, mas, sim, pela observância dos princípios da legalidade (que não se confunde com estrita legalidade), eficiência, economicidade e razoabilidade.

Os particulares, quando atuam na qualidade de entes de colaboração, não perdem sua condição de pessoa jurídica de direito privado

e necessitam ter liberdade de gestão e, acima de tudo, segurança jurídica. Não é o caso de se dissertar aqui sobre a relevância desse super-princípio, mas é conveniente transcrever uma lição do saudoso mestre Geraldo Ataliba:

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 151)

Isso que foi dito sobre os empresários vale também para as entidades sem fins lucrativos, que não podem funcionar regularmente num clima de instabilidade de orientações e entendimentos por parte de seus parceiros públicos.

Neste ponto, na questão da segurança jurídica, fica mais visível a conveniência de uma administração centralizada. O diálogo com as entidades públicas convenientes fica bem mais fácil, na medida em que todas elas contam com um (único) interlocutor. Em lugar da existência de muitas discussões isoladas, que não se comunicam, é possível firmar entendimentos, que serão observados uniformemente pelas entidades conveniadas prestadoras dos serviços finais, e que servirão como referência também para todas as entidades públicas que firmam as diversas parcerias.

Em resumo, a existência de uma administração central não é de interesse apenas das entidades privadas que atuam como entes de colaboração, mas são também de enorme interesse das entidades públicas parceiras, pois todos ganham com a segurança jurídica disso decorrente.

V – CONCLUSÕES

À luz de tudo quanto foi acima exposto, pode-se, agora, responder, direta e objetivamente, a cada um dos quesitos especificamente formulados:

- a) Pela “Lei das Organizações Sociais” (Lei nº 9.637/1998), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há ve-

dação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos “custos indiretos”?

Resposta: Não há vedação alguma, nem poderia haver, pois sempre existe uma atividade-meio para a realização da atividade-fim. É inevitável a ocorrência de custos indiretos.

- b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/1998 disposições neste sentido, o “Marco Regulatório do Terceiro Setor” (Lei nº 13.019/2014), embora não revogue a Lei nº 9.637/1998, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos “custos indiretos”, como também à sistemática de seu rateio?

Resposta: Sim, a Lei nº 13.019/2014 está em vigor e pode ser aplicada diretamente, pois, em seu art. 46, está autorizado o pagamento de custos indiretos.

- c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da consultante?

Resposta: Sim. A atividade da consultante é uma atividade econômica, embora sem fins lucrativos. Como toda atividade econômica, existem riscos que precisam ser considerados no desenvolvimento de suas atividades.

- d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora consultante ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

Resposta: A consultante tem não só o direito, mas também o dever de promover o constante aperfeiçoamento técnico-profissional de seus quadros, em benefício da qualidade dos serviços prestados.

- e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas não seriam os balanços/balancetes da ora consultante (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais “custos indiretos”?

Resposta: O princípio geral da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil, espraia-se por todas as relações contratuais, inclusive convênios, e abrange o cumprimento de todas as obrigações, inclusive a prestação de contas. A documentação apresentada, balanços e balancetes, gozam da presunção de veracidade.

- f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora consultante, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos etc.?

Resposta: Os excessos de fiscalização sempre comprometem a eficiência e afetam a economicidade. O poder/dever de fiscalizar tem limites, não podendo devassar a intimidade da entidade controlada. As estratégias negociais não podem ser devassadas.

- g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora consultante perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta-corrente vinculada ao “contrato de gestão”? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta-corrente da “administração central” da ora consultante?

Resposta: Os recursos públicos não perdem essa característica até sua aplicação na finalidade pública especificada no repasse, mas, uma vez transferidos para a conta-corrente da “administração central” da consultante, passam a ser geridos com a liberdade inerente à iniciativa privada, que deve utilizá-los de maneira a promover a economicidade e a melhor qualidade na prestação dos serviços previstos no “contrato de gestão”.

- h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as “despesas e custos indiretos” pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na seara privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?

Resposta: Não existe possibilidade de que o Poder Público se recuse a saldar as “despesas e custos indiretos”, regularmente contratados, demonstrados e rateados, sob alegação de descumprimento dos princípios da Administração Pública, dado que, como foi dito acima, tais gastos são efetuados com a liberdade inerente à iniciati-

va privada, por critérios tais como o sigilo, a confiança, a estratégia e até mesmo a pura intuição, sempre proporcionando ganhos de eficiência e economicidade. Dizendo mais diretamente: a observância dos princípios administrativos visa proteger o interesse público e evitar a ocorrência de desvios, mesmo que, como se sabe, essa observância possa acarretar perdas de eficiência e de economicidade. No caso em exame, não há razão alguma para a aplicação dos princípios da Administração Pública a uma entidade privada, pois liberdade de atuação e assunção dos riscos são inerentes à iniciativa privada, em nada afetando o interesse público.

- i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balançetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de “excesso de fiscalização” e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?

Resposta: O excesso de controle é sempre danoso por tolher a iniciativa e a criatividade. Mas, no caso em exame, além disso, esse “excesso de fiscalização” configura-se como patentemente ilícito, exatamente por configurar intromissão indevida em assuntos internos da entidade, cujas estratégias negociais são protegidas pelo sigilo e, uma vez expostas, podem proporcionar vantagens indevidas a outras entidades privadas, que, assim, aufeririam um proveito ilícito ou um enriquecimento sem causa. O fato substancial é que não existe qualquer interesse legítimo do Poder Público na devassa das estratégias operacionais da entidade.

S.m.j., é o parecer.

São Paulo, 3 de janeiro de 2018.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
OAB/SP 11.178

ADILSON ABREU DALLARI
OAB/SP 19.696

JURIS PLENUM

Doutrina - Jurisprudência

Destaque:

A Lei nº 13.654/2018 e as alterações nos crimes de furto e roubo

82

**ORGANIZAÇÃO SOCIAL - ADMINISTRAÇÃO CENTRAL
- CUSTOS INDIRETOS - RATEIO - LEGALIDADE,
EFICIÊNCIA, ECONOMICIDADE E RAZOABILIDADE**

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie.
Professor Titular de Direito Constitucional.

ADILSON ABREU DALLARI

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professor Titular de Direito Administrativo.

SUMÁRIO: Consulta - Parecer: I. Considerações iniciais; II. Resumo das questões em exame; III. Análise da legislação aplicável aos fatos em exame; IV. Considerações gerais; V. Conclusões.

CONSULTA

1. A Pró-Saúde, ora Consultante, é uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos, com atuação fortemente voltada para a área da saúde, especialmente na gestão de unidades de atendimento ao SUS.

2. Para tanto, em regra, com diversos entes federativos, qualificando-se perante estes como "Organização Social" (nos moldes da Lei nº 9.637/98), bem como participando dos necessários e prévios "Chamamentos Públicos", firma "Contratos de Gestão", por meio dos quais passa, então, a gerenciar as unidades de saúde que lhe são confiadas.

3. Em contrapartida, recebe repasses de recursos públicos, estes necessários ao desenvolvimento das atividades contratadas e à cobertura, evidentemente, de todos os seus custos inerentes (diretos e indiretos).

4. Por ter envergadura nacional, tem-se que a ora Consultante vale-se de uma "administração central" em São Paulo (com fins de obtenção de "ganhos de escala" e de redução de custos), a qual assim apoia com inúmeros serviços aqui centralizados (contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos etc.) todas estas contratações com o Poder Público que tem em andamento.

5. Indigitada "administração central" suporta, ainda (I) todos os riscos inerentes à atividade, os quais se consubstanciam, ordinariamente, em condenações judiciais de cunhos civis, trabalhistas etc.; (II) todo o ônus decorrente de sua própria existência e manutenção como entidade filantrópica (e aqui se está a falar de uma gama praticamente infundável de requisitos legais a serem cumpridos), condição esta da qual, evidentemente, também se beneficia o Poder Público quando contratada uma "Organização Social", e não uma empresa, para a gestão de quaisquer serviços; e (III) todo o peso financeiro insito à atual necessidade de constante e dispendiosa atualização profissional, técnica, gerencial etc., itens estes dos quais novamente se beneficia indiretamente o Poder Público.

6. Os respectivos custos daí decorrentes, em sistemática similar ao "BDI" a que fazem jus as construtoras ao realizarem obras públicas, são, então, rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes (*dentro, obviamente, dos limites dos repasses públicos pactuados*), com base nos documentos contábeis da Consulente (balanços/balancetes).

7. Nada mais corriqueiro, até mesmo por conta do advento do "Marco Regulatório do Terceiro Setor" (Lei nº 13.019/14), que, em seu artigo 46, traz expressamente a possibilidade de os repasses públicos virem a cobrir tais custos, tidos como "indiretos".

8. Ocorre, porém, que, quando das devidas prestações de contas dos repasses públicos recebidos, seja perante Secretarias de Saúde, perante o Ministério Público, e/ou perante Tribunais de Contas, referidos órgãos mostram-se deveras avessos à liquidação destes indigitados "custos indiretos", (demonstrados via balanço/balancetes oficiais e critérios de rateio), alegando, em síntese, "não se poder vinculá-los diretamente ao projeto" ("afinal, o que os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia, por exemplo, teria a ver com a administração de uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo?")

9. Assim é que, mesmo inexistindo qualquer impacto no montante do recurso público repassado (com teto limitado pela contratação formalizada, ao que, só por isso, os "custos indiretos", jamais poderiam ser desarrazoados, na medida em que, somados "aqueles diretos", devem permitir o regular cumprimento do contrato), ou se recusam a saldá-lo (glosando valores, por exemplo), ou impõem exigências praticamente invencíveis na sua demonstração, totalmente descabidas no que tange à esfera privada de atuação da ora consulente, tal qual, por exemplo, a exibição de contratos particulares com terceiros, se indigitada contratação privada foi precedida ou não de "seleção pública imparcial e impessoal" etc., isso tudo com o fim último de "fabricar" a acima aludida "desvinculação do projeto" e injustamente "forçar" a redução do valor de um contrato sem qualquer diminuição de escopo.

10. Isso tudo, veja-se o paradoxo, à luz dos princípios da "transparência" e da "correta aplicação dos recursos públicos"!

11. Tal atitude, com efeito, por propiciar conseqüente desequilíbrio financeiro, põe em risco não só a contratação encetada com o Poder Público, como também a própria saúde financeira da ora Consulente, que fica impedida de honrar com seus compromissos relativos a tais "custos indiretos".

12. Saber, então, ser lícito, ou não, este comportamento por parte da Administração e dos demais órgãos de controle interno e externo (incluindo-se o Ministério Público), é a razão da presente consulta, ao que a ora Consulente formula as seguintes indagações:

a) Pela "Lei das Organizações Sociais" (Lei nº 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos "custos indiretos"?

b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/98 disposições neste sentido, o "Marco Regulatório do Terceiro Setor" (Lei nº 13.019/14), embora não revogue a Lei nº 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos "custos indiretos", como também à sistemática de seu rateio?

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais "custos indiretos"?

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos etc.?

g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta corrente vinculada ao "Contrato de Gestão"? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta corrente da "administração central" da ora Consulente?

h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as "despesas e custos indiretos" pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na esfera privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?

i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balancetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de "excesso de fiscalização" e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?

PARECER

I. Considerações iniciais

A colaboração entre entidades públicas e privadas, no desempenho de atividades necessárias ao desenvolvimento da coletividade, é uma “novidade” muito antiga. Desde os primórdios da colonização, entidades privadas cuidavam (e ainda cuidam) de educação (os jesuítas), das santas casas e de asilos. O primeiro serviço público de relevância (ferrovia) também foi operado por particulares.

Não obstante essa longa prática, nunca houve (até recentemente) uma disciplina uniforme, nacional, do relacionamento entre a administração pública e essas entidades, qualificadas como “de utilidade pública”, por diferentes normas federais, estaduais e municipais. Somente com o texto constitucional de 1988, que trouxe um Capítulo cuidando da administração pública em geral e todo um Título sobre a ordem social, foi possível a edição de uma legislação, de caráter nacional, de observância obrigatória para os três níveis de governo. Assim é que foi possível dar organicidade ao funcionamento dessas entidades.

Porém é preciso observar que houve uma linha constante e coerente de evolução no relacionamento entre a administração pública e as entidades privadas. Por ocasião da promulgação da Constituição Federal, em 1988, havia na doutrina e na jurisprudência, uma rígida separação entre o público e o privado. Serviços públicos eram tarefas do setor público e eram regidos por normas de direito público. Atividades econômicas deveriam ser desenvolvidas pelo setor privado da economia, num regime jurídico de direito privado.

Existiam alguns pontos de interligação, como é o caso das empresas estatais e dos concessionários de serviços públicos. Cabe mencionar também os entes de colaboração (Sistema “S”, SESI, SESC, SENAI, SENAC etc.) e, ainda, nessa linha divisória, as entidades de controle do exercício profissional (OAB, CFM, CONFEA etc.).

Mas o crescimento da população e a urbanização da sociedade brasileira trouxeram grandes desafios, tornando impraticável aquela separação rígida e determinando, como algo imprescindível ao atendimento das necessidades emergentes, a atuação, em parceria, de entidades públicas e privadas. A ideia de parceria surgiu no contexto da modernização da Administração Pública, cujo tema central está no abandono do formalismo estéril, em benefício do atingimento dos fins de interesse público almejados. O ponto central está em que a Administração tem um caráter instrumental e está vinculada aos fins de interesse público, cuja dinâmica deve acompanhar. O objetivo era e ainda é a otimização dos recursos disponíveis e a obtenção de melhores resultados.

Deixando de lado temas sensíveis como a privatização e a desestatização, vamos nos concentrar na terceirização, entendendo-se como tal a transferência de atividades a particulares, qualificados como “entes de cooperação”, cuja caracterização é dada por um dos mais respeitados tratadistas do tema:

Os “entes de cooperação” são pessoas jurídicas de Direito Privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na Administração direta ou indireta do Estado.

[...]

Os entes de cooperação são entidades “quase públicas” ou “públicas não estatais”, porque ocupadas com o desempenho de atividades de imediato interesse coletivo. Em regra, são instituições sem ânimo de lucro, reinvestindo todas as suas receitas ou excedentes financeiros nas próprias finalidades sociais.

[...]

São entidades do chamado “terceiro-setor”, organizações que não são nem estatais, nem mercantis, vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem o lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais. (MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio: serviço de saúde: conceito de serviço público e serviço de relevância pública. In: *RTDP - Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 28, 1999. p. 117-118).

Não há dúvida de que tais entidades, quando recebem recursos públicos, estão obrigadas a aplicá-los no desempenho das ações de interesse público que justificaram tanto sua existência quanto o recebimento das verbas. O debate, neste, estudo, estará centrado na questão dos objetivos e limites da fiscalização necessariamente exercida pela entidade pública que proporcionou tais recursos.

II. Resumo das questões em exame

A descrição dos fatos no âmbito da consulta revela o tema central que será abordado no presente estudo.

Trata-se, fundamentalmente, da gestão inteligente de recursos públicos, o que enseja, em última instância, uma notável economia de escala e redução de custos.

Com efeito, o caso concreto reporta-se à gestão nacional de unidades de atendimento ao SUS centralizada em um único ente localizado em São Paulo, sob o comando de uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos: a Pró-Saúde.

Obviamente, como todo e qualquer órgão que representa uma administração central, a Pró-Saúde suporta inúmeros custos relativos a atividades-meio absolutamente imprescindíveis à concretização do seu objetivo maior e final, qual seja, a gestão das unidades do SUS em nível nacional para a qual foi contratada.

Conforme abordado na consulta, essas atividades de caráter instrumental ensejam os chamados “custos indiretos”, custos estes rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes, respeitados os limites dos repasses públicos pactuados.

É muito oportuna a manifestação doutrinária que, em seguida, se transcreve, mostrando que, para prestar serviços de saúde, muitas vezes é essencial a aplicação de recursos em atividades que não são diretamente serviços de saúde, mas sem as quais a atividade-fim não poderia ser executada:

Deve-se atentar, por fim, que o objeto de uma parceria na saúde pode envolver a construção de uma obra, a reforma de um edifício, a execução de serviços diversos, a compra e a venda de bens. Para tanto,

é imprescindível que tais ações: (I) sejam necessárias, instrumentais e acessórias à realização do objeto ajustado; e (II) estejam especificadas e sejam executadas conforme o plano de trabalho. Deve-se perceber, nessa medida, que grande parte dos serviços de assistência à saúde prestados por meio de parcerias com a iniciativa privada depende de estrutura física e de equipamentos específicos para sua execução, os quais podem constar como elementos acessórios nos planos de trabalho das parcerias. (MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistências à saúde pelos municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91).

Com muito maior razão pode-se afirmar que a aplicação de recursos na atividade-meio de *gestão* de serviços de saúde é inquestionavelmente correta, pois sempre haverá necessidade de uma estrutura administrativa, para controle de pessoal e de materiais, para a aferição da qualidade dos serviços prestados e, muito especialmente, para a fiscalização interna da aplicação dos recursos, não só para aferir a regularidade, mas também visando evitar desperdícios e obter o melhor rendimento possível dos recursos aplicados.

Pois bem, o questionamento que aqui se coloca em pauta diz respeito justamente à centralização, nas mãos de um único ente, desses custos indiretos oriundos de serviços de apoio obrigatórios para a sobrevivência da atividade-fim para a qual a Pró-Saúde se propõe.

Estamos nos referindo, por exemplo, a serviços de contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos.

Causa espanto que órgãos como as Secretarias de Saúde, Ministério Público, Tribunais de Contas não tenham observado que uma atuação centralizada é exatamente o melhor caminho para a otimização desses custos indiretos, gerando uma notável economia de escala.

A constatação é óbvia: é muito mais eficiente, racional e menos custoso ter as atividades-meio concentradas no âmbito de uma única gestora central, do que os entes localizados no âmbito nacional terem que se aparelhar, cada qual, com os serviços de apoio próprios.

Do ponto de vista da eficiência, é importante ressaltar, ainda, que operação centralizada da rede de unidades de saúde possibilita, por exemplo, a extensão a todas as unidades de uma única solução criada a partir de um problema verificado pontualmente.

Imagine-se uma cobrança indevida de um tributo municipal por uma dada Prefeitura. A solução dada para esse caso será aproveitada para outras eventuais cobranças. O mesmo raciocínio se aplica à melhoria dos sistemas de informática, o que, também, se estende a todas as unidades sob o comando da Consulente.

Por fim, é bom lembrar, também, que a contratação é originalmente norteadora por um teto, dentro do qual já estão embutidos os custos indiretos inerentes a uma administração central, inexistindo, portanto, qualquer impacto no montante do recurso público a ser despendido.

Enfim, a legitimidade da cobrança dos custos indiretos por uma administração centralizada é tão cristalina que a própria base fática aqui descrita já é capaz de demonstrar argumentos bastante robustos nesse sentido.

De todo modo, passaremos, na sequência, a discorrer sobre os fundamentos jurídicos, por meio de legislação e doutrina aplicáveis à matéria, que demonstram de forma inequívoca e definitiva que o interesse público milita em favor de uma administração centralizada na gestão do setor da saúde, nos exatos moldes previstos no caso vertente.

III. Análise da legislação aplicável aos fatos em exame

A análise da legislação aplicável às questões em exame começa pelo texto da Constituição Federal, significativamente, pela nova redação dada ao art. 37 pela EC nº 19/98, que é um marco na implantação da chamada reforma administrativa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: [...].

Nessa transcrição, foi destacado o princípio da *eficiência*, que foi agregado ao texto original pela mencionada EC, e que é de especial relevância para o desenvolvimento deste estudo.

Para uma melhor compreensão da relevância desse princípio (e de outros que serão mencionados mais adiante), é fundamental que se tenha uma visão mais clara do significado e da importância dos princípios jurídicos no direito brasileiro atualmente. Isso será feito com o auxílio de um texto da doutrina:

Em primeiro lugar, é preciso deixar ainda mais claro que os princípios não são meras declarações de sentimento ou de intenção, desprovidos de qualquer positividade. Princípios também são "normas", ou seja, são dotados de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou, pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

Além disso, os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas isoladas. É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Diante de uma lacuna normativa, diante da falta de norma expressa para uma determinada situação, diante de uma dúvida interpretativa, deve-se decidir o caso concreto à luz dos princípios, da maneira mais condizente com o significado do princípio ou dos princípios aplicáveis à específica questão em exame. (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79).

Atualmente, não basta que o gestor de interesses públicos (seja na administração pública ou nos entes de colaboração) se limite ao fiel e formal cumprimento da literalidade

da lei. A EC 19/98, normalmente designada como "Emenda da Reforma Administrativa", foi o marco principal da substituição do antigo modelo burocrático pelo modelo gerencial, no qual as atividades de controle são abrandadas, quanto aos procedimentos, e devem estar focadas nos resultados alcançados. O formalismo deve ceder em nome da eficiência e de outros princípios a ele correlacionados, também consagrados no texto constitucional.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Isso fica muito claro pela simples leitura do texto constitucional ao dispor sobre o controle da aplicação de recursos públicos:

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

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos* ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Obviamente, a prestação de contas, prevista no parágrafo, deve demonstrar, com clareza, que a aplicação dos recursos foi feita com observância dos tópicos constante do *caput* do artigo.

Ao discorrer sobre os tipos de controle, mencionados no art. 70 da Constituição Federal, o justamente renomado constitucionalista José Afonso da Silva assim enfoca o controle da economicidade:

Controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 756-757).

A necessidade de observância do princípio da economicidade já foi destacada em trabalho publicado por um dos signatários do presente estudo:

Uma das finalidades legais certamente sempre será a execução do objeto contratado com a melhor relação custo-benefício, sempre será a aplicação ótima dos recursos públicos, o que pode ser traduzido como a concretização, em cada caso específico, do princípio constitucional da economicidade. (DALLARI, Adilson

Abreu. Alterações dos contratos administrativos: economicidade, razoabilidade e eficiência. In: *RTDP - Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 40, 2002. p. 9).

Dado que a economicidade é um ponto central das questões aqui examinadas, convém sejam referidas outras manifestações, de respeitáveis doutrinadores:

O exame realizado pelas Cortes de Contas ultrapassa a análise meramente burocrática. Verifica não só os elementos formais que norteiam o processo de despesa, como também a relação custo-benefício, a aferição da atuação ótima das ações administrativas, a mais rentável possível em se considerando o interesse público envolvido [...]. (GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 89).

No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85-86).

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. (TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. In: *RIL - Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado federal, 121, 1994. p. 267).

Seja permitido, por último, quanto ao entendimento do significado jurídico e prático da economicidade, transcrever fragmentos de um longo e cuidadoso estudo específico, exatamente sobre a fiscalização das prestações de contas no tocante à economicidade:

Pelo princípio da economicidade presente no art. 70 da CF, pode-se averiguar a relação entre custo e benefício, tomando como partida a verba destinada para determinada finalidade e o seu emprego racional conforme metas estabelecidas *a priori*.

Reveste-se do conceito de eficiência caracterizado pela tentativa de com o mínimo de empregos de recursos e esforços obter o máximo possível de resultados favoráveis.

Pelo princípio da economicidade é possível controlar de maneira mais eficaz a entrada de dinheiro dirigida a uma determinada atividade pública e o seu emprego racional, evitando o máximo possível de desperdícios e malversação da verba pública.

No nosso entendimento, o princípio da economicidade é um instrumento de averiguação da relação gasto público e benefício auferido, a ser empregado na subjetividade de cada caso, pois a medida da economicidade só pode ser verificada a partir da realidade de um

determinado fato administrativo, onde possamos a partir de determinada verba examinar se os benefícios foram ou não alcançados, ou se ocorreu algum tipo de desvio que impossibilitou o atingimento da finalidade perquirida pela Administração Pública. (MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da Administração Pública em face da economicidade. *Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 61, jul. 1994).

Diante de todas essas manifestações, fica perfeitamente claro que economicidade não significa gastar menos, mas, sim, aplicar recursos de maneira a que se possa atingir melhores resultados na aplicação de recursos públicos, seja diretamente pela administração, seja indiretamente, por intermédio de entidades de colaboração, como é o caso em exame.

Recorrendo, uma vez mais, à doutrina, pode-se notar que a economicidade tem estreitas ligações com outro princípio jurídico que, dia a dia, vem ganhando maior prestígio, qual seja, o da razoabilidade:

O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse "bom-senso jurídico" se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito.

A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 16, 1996. p. 173).

A jurisprudência, inclusive e especialmente nos Tribunais Superiores, também já assimilou e aplica o princípio da razoabilidade. É importante evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos são praticados e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Desde muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita frequência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns Acórdãos cujos respectivos Eminentes Ministros Relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min. Marco Aurélio, HC nº 77.003-4-PE, RE nº 211.043-4-SP, RE nº 148.095-5-MS, RE nº 226.461-9-CE, RE nº 192.568-0-PI e

Agr. Reg. em RE nº 205.535-2-RS; Min. Moreira Alves, Repr. nº 1077-RJ (RTJ 112/34); Min. Celso Mello, ADIn nº 1158-8-AM; e Min. Sepúlveda Pertence, ADIn nº 855-2-PR e HC nº 76.060-4-SC.

Neste ponto, pode-se voltar ao exame do texto constitucional, que, no inciso II de seu art. 74, se refere ao controle da aplicação de recursos públicos por entidades privadas, dando ênfase à avaliação dos resultados:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Tendo ficado suficientemente destacada a relevância dos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, pode-se, agora, ingressar na área da prestação de serviços de saúde. Sem entrar em maiores detalhes, é suficiente, para os fins deste estudo, a leitura dos dispositivos constitucionais que se transcrevem:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

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

O texto constitucional supratranscrito se refere a contratos ou convênios. No caso em exame, não obstante tenha sido firmado um "Contrato de Gestão", o que se tem, na verdade, tendo em vista o conteúdo do ajuste firmado, é um convênio, pois não se trata do pagamento pela execução de um serviço, mas, sim, do repasse, a entidades privadas, de recursos públicos, com condições que assegurem a realização dos interesses públicos que justificaram o repasse das verbas.

Essa diferenciação foi feita, com sua costumeira clareza e objetividade, pela notável jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo texto, sobre o controle dos convênios, precisa ser transcrito, dado que se ajusta perfeitamente ao caso em exame e já adianta a resposta a um dos quesitos especificamente formulados. Leia-se:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca

de benefício recebido. Dessa distinção resulta uma consequência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem, de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público; aquele valor deixou de ser dinheiro público no momento em que entrou para o patrimônio privado; vale dizer que o interesse do Poder Público se exaure com a entrega definitiva do objeto do contrato nas condições estipuladas.

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 297).

Ou seja: o dinheiro público não perde essa natureza, pois é um dinheiro “carimbado”, destinado a uma específica finalidade. Porém, a maneira de utilizar tais dinheiros, pela entidade conveniente que os recebeu, é completamente diferente. É abissal a diferença entre a contabilidade pública e a contabilidade das entidades privadas. Aliás, essa é uma das razões que justificam o repasse dos recursos a entidades privadas, que podem e devem agir com um mínimo de burocracia e um máximo de agilidade.

A entidade consulente, Pró-Saúde - Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como “Organização Social”, nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cujos requisitos de existência e funcionamento atende perfeitamente. O único problema, que é objeto da presente consulta, está na aplicação dos recursos a ela transferidos pelo Poder Público.

Para poder receber tais recursos, a consulente firmou, com diversos entes federativos, “Contratos de Gestão”, por meio dos quais recebeu recursos com o encargo e a finalidade de gerenciar unidades de saúde. O conceito de contrato de gestão é dado pelo art. 5º da mencionada Lei:

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

Note-se, portanto, conforme dito acima, que, não obstante a designação, não se trata de um típico contrato (sinalagmático e comutativo), mas sim de um típico convênio, para atuação em parceria.

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; [...].

Neste exame da legislação aplicada ao caso em estudo, é essencial o exame da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece normas gerais para as parcerias firmadas pela administração pública:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

No art. 2º, e seu inciso I, a Lei nº 13.019/14 apresenta um conceito de organização da sociedade civil que é muito relevante para compreensão das questões postas na formulação da consulta:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; [...].

Fica perfeitamente claro que a organização social exerce uma atividade econômica, na medida em que aplica recursos para a obtenção de determinados resultados. A organização social pode ter lucro, ou seja, pode ter um resultado favorável na aplicação dos recursos. O que não pode é distribuir lucros ou dividendos, devendo reaplicar saldos eventualmente aferidos, na própria entidade e para as mesmas finalidades para as quais foi instituída.

Além dos condicionamentos constantes do próprio conceito de organização social, as entidades assim qualificadas, ao celebrarem um convênio com a administração pública, ficam obrigadas a observar as diretrizes estabelecidas no art. 6º, do qual se destacam os incisos II, VII e VIII, por sua especial pertinência com o caso em exame:

Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria:

[...]

II - a priorização do controle de resultados;

[...]

VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; [...].

Esses três incisos resumem muito bem o que foi sendo salientado ao longo deste estudo: a priorização do controle de resultados exige que, na gestão, os controles se reduzam ao estritamente necessário para coibir desvios e que essa gestão seja feita por pessoal perfeitamente capacitado e permanentemente atualizado. Não são só indispensáveis, mas prioritárias as despesas indiretas (os custos indiretos) voltadas para a observância dessas determinações legais.

A indagação fundamental, constante dos quesitos especificamente formulados, está respondida pelo art. 46 da Lei nº 13.019/14, em sua versão atual, com as muitas alterações e com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, especialmente em seu inciso III:

Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

I - remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;

II - diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;

III - custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;

IV - aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Todos os incisos se referem a custos indiretos, mas o inciso III se refere, expressamente, a "custos indiretos necessários à execução do objeto". Evidentemente, também esses custos indiretos devem pautar-se pelos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. No caso em exame, a centralização administrativa permite que se gaste menos, com mais agilidade, com menos burocracia e com melhores resultados.

Acima de tudo, é importante destacar que essa centralização possibilita a adoção de práticas e soluções uniformes, na medida em que problemas enfrentados e resolvidos por uma unidade sejam aproveitados por todas, com evidentes ganhos de racionalização e economia. Nos termos da consulta: os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia trazem proveito, sim, para uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo, ou em qualquer outra unidade prestadora dos serviços de saúde, podendo ter uma função profilática, evitando que a mesma questão seja suscitada por outras unidades federativas.

Por último, no tocante à indagação sobre se os recursos aplicados ao convênio são públicos ou privados, há um divisor de águas no art. 51 da Lei nº 13.019/14:

Art. 51. Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta corrente específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela administração pública.

Os recursos serão sempre públicos em função de sua necessária aplicação na atividade de interesse público que justificou a celebração do convênio. Eles não podem servir a qualquer outra finalidade. Entretanto, há uma enorme diferença entre a natureza dos recursos e a gestão desses mesmos recursos. Até o momento em que eles estão depositados na mencionada conta corrente específica, sua movimentação deve pautar-se por normas da contabilidade típica da entidade administrativa depositante. Mas, uma vez feita a transferência para a conta da administração central, daí para diante, sua gestão, seu uso, sua aplicação e até sua prestação de contas deverão observar as normas de direito privado, caracterizando-se pela liberdade de atuação e pelo sigilo quanto a estratégias negociais, observados os limites e condições expressamente estabelecidos nos termos do contrato de gestão/convênio.

IV - Considerações gerais

O que se pode notar, nos termos da consulta e no decorrer do estudo, é a existência de um certo descompasso, entre a atuação dos órgãos de fiscalização (órgãos de controle interno do Executivo, Ministério Público e Tribunais de Contas) e a grande, e rápida, evolução da gestão pública, a partir da chamada Reforma Administrativa.

Ainda existem resquícios de uma antiga oposição de interesses e de uma suposta hierarquia entre a administração pública e os particulares. Esse relacionamento mudou completamente. A desconfiança foi substituída pela boa fé, a legalidade estrita (rigoroso controle da forma) pela execução de políticas públicas (maior preocupação com os resultados) e os contratos pela celebração de parcerias, cujo pressuposto é a confiança recíproca.

As condutas das partes que atuam em parceria devem ser avaliadas menos pela literalidade das normas e mais pela observância dos princípios da legalidade (que não se confunde com estrita legalidade), eficiência, economicidade e razoabilidade.

Os particulares, quando atuam na qualidade de entes de colaboração, não perdem sua condição de pessoa jurídica de direito privado e necessitam ter liberdade de gestão e, acima de tudo, segurança jurídica. Não é o caso de se dissertar aqui sobre a relevância desse superprincípio, mas é conveniente transcrever uma lição do saudoso mestre Geraldo Ataliba:

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar - com razoável margem de probabilidade de acerto - os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave - com suas surpresas e improvisações - as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 151).

Isso que foi dito sobre os empresários, vale também para as entidades sem fins lucrativos, que não podem funcionar regularmente num clima de instabilidade de orientações e entendimentos, por parte de seus parceiros públicos.

Neste ponto, na questão da segurança jurídica, fica mais visível a conveniência de uma administração centralizada. O diálogo com as entidades públicas convenientes fica bem mais fácil, na medida em que todas elas contam com um (único) interlocutor. Em lugar da existência de muitas discussões isoladas, que não se comunicam, é possível firmar entendimentos, que serão observados uniformemente pelas entidades conveniadas prestadoras dos serviços finais, e que servirão como referência também para todas as entidades públicas que firmam as diversas parcerias.

Em resumo, a existência de uma administração central não é de interesse apenas das entidades privadas que atuam como entes de colaboração, mas são também de enorme interesse das entidades públicas parceiras, pois todos ganham com a segurança jurídica disso decorrente.

V - Conclusões

À luz de tudo quanto foi acima exposto, pode-se, agora, responder, direta e objetivamente, a cada um dos quesitos especificamente formulados:

a) Pela "Lei das Organizações Sociais" (Lei nº 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos "custos indiretos"?

Resposta: Não há vedação alguma, nem poderia haver, pois sempre existe uma atividade-meio, para a realização da atividade-fim. É inevitável a ocorrência de custos indiretos.

b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/98 disposições neste sentido, o "Marco Regulatório do Terceiro Setor" (Lei nº 13.019/14), embora não revogue a Lei nº 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos "custos indiretos", como também à sistemática de seu rateio?

Resposta: Sim, a Lei nº 13.019/14 está em vigor e pode ser aplicada diretamente, pois em seu art. 46 está autorizado o pagamento de custos indiretos.

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

Resposta: Sim. A atividade da consulente é uma atividade econômica, embora sem fins lucrativos. Como em toda atividade econômica, existem riscos que precisam ser considerados no desenvolvimento de suas atividades.

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

Resposta: A Consulente tem não só o direito, mas também o dever de promover o constante aperfeiçoamento técnico-profissional de seus quadros, em benefício da qualidade dos serviços prestados.

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais "custos indiretos"?

Resposta: O princípio geral da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil, se espalha por todas as relações contratuais, inclusive convênios, e abrange o cumprimento de todas as obrigações, inclusive a prestação de contas. A documentação apresentada, balanços e balancetes, goza da presunção de veracidade.

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos etc.?

Resposta: Os excessos de fiscalização sempre comprometem a eficiência e afetam a economicidade. O poder/dever de fiscalizar tem limites, não podendo devassar a intimidade da entidade controlada. As estratégias negociais não podem ser devassadas.

g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o

numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta-corrente vinculada ao “Contrato de Gestão”? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta-corrente da “administração central” da ora Consulente?

Resposta: Os recursos públicos não perdem essa característica até sua aplicação na finalidade pública especificada no repasse, mas, uma vez transferidos para a conta-corrente da “administração central” da consulente, passam a ser geridos com a liberdade inerente à iniciativa privada, que deve utilizá-los de maneira a promover a economicidade e a melhor qualidade na prestação dos serviços previstos no “Contrato de Gestão”.

h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as “despesas e custos indiretos” pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na esfera privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?

Resposta: Não existe possibilidade de que o Poder Público se recuse a saldar as “despesas e custos indiretos”, regularmente contratados, demonstrados e rateados, sob alegação de descumprimento dos princípios da Administração Pública, dado que, como foi dito acima, tais gastos são efetuados com a liberdade inerente à iniciativa privada, por critérios tais como o sigilo, a confiança, a estratégia e até mesmo a pura intuição, sempre proporcionando ganhos de eficiência e economicidade. Dizendo mais diretamente: a observância dos princípios administrativos visa proteger o interesse público e evitar a ocorrência de desvios, mesmo que, como se sabe, essa observância possa acarretar perdas de eficiência e de economicidade. No caso em exame, não há razão alguma para a aplicação dos princípios da Administração Pública a uma entidade privada, pois liberdade de atuação e assunção dos riscos são inerentes à iniciativa privada, em nada afetando o interesse público.

i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balancetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de “excesso de fiscalização” e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?

Resposta: O excesso de controle é sempre danoso por tolher a iniciativa e a criatividade. Mas, no caso em exame, além disso, esse “excesso de fiscalização” se configura como patentemente ilícito, exatamente por configurar intromissão indevida em assuntos internos da entidade, cujas estratégias negociais são protegidas pelo sigilo e, uma vez expostas, podem proporcionar vantagens indevidas a outras entidades privadas, que, assim, aufeririam um proveito ilícito ou um enriquecimento sem causa. O fato substancial é que não existe qualquer interesse legítimo do Poder Público na devassa das estratégias operacionais da entidade.

S.M.J., é o parecer.

São Paulo, 03 de janeiro de 2018.

23

JUN/JUL
2018

REVISTA BRASILEIRA DE
**DIREITO
COMERCIAL**

EMPRESARIAL, CONCORRENCIAL
E DO CONSUMIDOR

LEX MAGISTER



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Organização Social. Administração Central. Custos Indiretos. Rateio. Legalidade, Eficiência, Economicidade e Razoabilidade – Parecer

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie; Professor Titular de Direito Constitucional.

ADILSON ABREU DALLARI

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor Titular de Direito Administrativo.

RESUMO: Não há dúvida de que organizações sociais, quando recebem recursos públicos, estão obrigadas a aplicá-los no desempenho das ações de interesse público, que justificaram tanto sua existência quanto o recebimento das verbas. O debate neste estudo estará centrado na questão dos objetivos e limites da fiscalização necessariamente exercida pela entidade pública que proporcionou tais recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Social. Administração Central. Custos Indiretos. Rateio. Legalidade.

Consulta

1. A Pró-Saúde (Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar), ora Consulente, é uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos, com atuação fortemente voltada para a área da saúde, especialmente na gestão de unidades de atendimento ao SUS.

2. Para tanto, em regra, como diversos entes federativos, qualificando-se perante estes como “Organização Social” (nos moldes da Lei nº 9.637/98), bem como participando dos necessários e prévios “Chamamentos Públicos”, firma “Contratos de Gestão”, por meio dos quais passa, então, a gerenciar as unidades de saúde que lhe são confiadas.

3. Em contrapartida, recebe repasses de recursos públicos, esses necessários ao desenvolvimento das atividades contratadas e à cobertura, evidentemente, de todos os seus custos inerentes (diretos e indiretos).

4. Por ter envergadura nacional, tem-se que a ora Consulente vale-se de uma “administração central” em São Paulo (com fins de obtenção de “ganhos de escala” e de redução de custos), a qual assim apoia com inúmeros serviços aqui centralizados (contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos, etc.) todas estas contratações com o Poder Público que tem em andamento.

5. Indigitada “administração central” suporta, ainda (i) todos os riscos inerentes à atividade, os quais se consubstanciam, ordinariamente, em condenações judiciais de cunhos civis, trabalhistas, etc.; (ii) todo o ônus decorrente de sua própria existência e manutenção como entidade filantrópica (e aqui se está a falar de uma gama praticamente infindável de requisitos legais a serem cumpridos), condição esta da qual, evidentemente, também se beneficia o Poder Público quando contratada uma “Organização Social”, e não uma empresa, para a gestão de quaisquer serviços; e (iii) todo o peso financeiro ínsito à atual necessidade de constante e dispendiosa atualização profissional, técnica, gerencial etc., itens estes dos quais novamente se beneficia indiretamente o Poder Público.

6. Os respectivos custos daí decorrentes, em sistemática similar ao “BDI” a que fazem jus as construtoras ao realizarem obras públicas, são, então, rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes (*dentro, obviamente, dos limites dos repasses públicos pactuados*), com base nos documentos contábeis da Consulente (balanços/balancetes).

7. Nada mais corriqueiro, até mesmo por conta do advento do “Marco Regulatório do Terceiro Setor” (Lei nº 13.019/2014), que, em seu art. 46, traz expressamente a possibilidade de os repasses públicos virem a cobrir tais custos, tidos como “indiretos”.

8. Ocorre, porém, que, quando das devidas prestações de contas dos repasses públicos recebidos, seja perante Secretarias de Saúde, perante o Ministério Público, e/ou perante Tribunais de Contas, referidos órgãos mostram-se deveras avessos à liquidação destes indigitados “custos indiretos” (demonstrados via balanço/balancetes oficiais e critérios de rateio) alegando, em síntese, “não se poder vinculá-los diretamente ao projeto” (“afinal, o que os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia, por exemplo, teria a ver com a administração de uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo?”).

9. Assim é, que mesmo inexistindo qualquer impacto no montante do recurso público repassado (com teto limitado pela contratação formalizada, ao que, só por isso, os “custos indiretos”, jamais poderiam ser desarrazoados, na medida em que, somados “aqueles ‘diretos’”, devem permitir o regular

cumprimento do contrato), ou se recusam a saldá-lo (glosando valores, por exemplo), ou impõem exigências praticamente invencíveis na sua demonstração, totalmente descabidas no que tange à esfera privada de atuação da ora consulente, tal qual, por exemplo, a exibição de contratos particulares com terceiros, se indigitada contratação privada foi precedida ou não de “seleção pública imparcial e impessoal”, etc., isto tudo com o fim último de “fabricar” a acima aludida “desvinculação do projeto” e injustamente “forçar” a redução do valor de um contrato sem qualquer diminuição de escopo.

10. Isto tudo, veja-se o paradoxo, à luz dos princípios da “transparência” e da “correta aplicação dos recursos públicos”!

11. Tal atitude, com efeito, por propiciar conseqüente desequilíbrio financeiro, põe em risco não só a contratação encetada com o Poder Público, como também a própria saúde financeira da ora Consulente, que fica impedida de honrar com seus compromissos relativos a tais “custos indiretos”.

12. Saber, então, ser lícito ou não esse comportamento por parte da Administração e dos demais órgãos de controle interno e externo (incluindo-se o Ministério Público), é a razão da presente consulta, ao que a ora Consulente formula as seguintes indagações:

a) Pela ‘Lei das Organizações Sociais’ (Lei nº 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos ‘custos indiretos’?

b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/98 disposições neste sentido, o ‘Marco Regulatório do Terceiro Setor’ (Lei nº 13.019/2014), embora não revogue a Lei nº 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos ‘custos indiretos’, como também à sistemática de seu rateio?

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita

Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais ‘custos indiretos’?

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle), além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consultente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos, etc.?

g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consultente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em conta corrente vinculada ao ‘Contrato de Gestão’? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta corrente da ‘administração central’ da ora Consultente?

h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as ‘despesas e custos indiretos’ pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na seara privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?

i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balancetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de ‘excesso de fiscalização’ e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?”

Parecer

I – Considerações Iniciais

A colaboração entre entidades públicas e privadas, no desempenho de atividades necessárias ao desenvolvimento da coletividade, é uma “novidade” muito antiga. Desde os primórdios da colonização, entidades privadas cuidavam (e ainda cuidam) da educação (os jesuítas), das santas casas e de asilos. O primeiro serviço público de relevância (ferrovia) também foi operado por particulares.

Não obstante essa longa prática, nunca houve (até recentemente) uma disciplina uniforme, nacional, do relacionamento entre a administração pública e essas entidades, qualificadas como “de utilidade pública”, por diferentes normas federais, estaduais e municipais. Somente com o texto constitucional de 1988, que trouxe um capítulo cuidando da Administração Pública em geral e todo um título sobre a ordem social, foi possível a edição de uma legislação,

de caráter nacional, de observância obrigatória para os três níveis de governo. Assim é que foi possível dar organicidade ao funcionamento dessas entidades.

Porém, é preciso observar que houve uma linha constante e coerente de evolução no relacionamento entre a Administração Pública e as entidades privadas. Por ocasião da promulgação da Constituição Federal, em 1988, havia na doutrina e na jurisprudência, uma rígida separação entre o público e o privado. Serviços públicos eram tarefas do setor público e eram regidos por normas de direito público. Atividades econômicas deveriam ser desenvolvidas pelo setor privado da economia, num regime jurídico de direito privado.

Existiam alguns pontos de interligação, como é o caso das empresas estatais e dos concessionários de serviços públicos. Cabe mencionar também os entes de colaboração (Sistema “S”: Sesi, Sesc, Senai, Senac, etc.) e, ainda nessa linha divisória, as entidades de controle do exercício profissional (OAB, CFM, Confea, etc.).

Mas o crescimento da população e a urbanização da sociedade brasileira trouxe grandes desafios, tornando impraticável aquela separação rígida e, determinando como algo imprescindível ao atendimento das necessidades emergentes, a atuação, em parceria, de entidades públicas e privadas. A ideia de parceria surgiu no contexto da modernização da Administração Pública, cujo tema central está no abandono do formalismo estéril, em benefício do atingimento dos fins de interesse público almejados. O ponto central está em que a Administração tem um caráter instrumental e está vinculada aos fins de interesse público, cuja dinâmica deve acompanhar. O objetivo era e ainda é a otimização dos recursos disponíveis e a obtenção de melhores resultados.

Deixando de lado temas sensíveis como a privatização e a desestatização, vamos nos concentrar na terceirização, entendendo-se como tal a transferência de atividades a particulares, qualificados como “entes de cooperação”, cuja caracterização é dada por um dos mais respeitados tratadistas do tema:

“Os ‘entes de cooperação’ são pessoas jurídicas de Direito Privado ocupadas com a satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, fomentadas ou financiadas pelo Poder Público, submetidas a especial controle administrativo, mas não encartadas na Administração direta ou indireta do Estado.

(...)

Os entes de cooperação são entidades ‘quase-públicas’ ou ‘públicas não estatais’, porque ocupadas com o desempenho de atividades de imediato interesse coletivo. Em regra, são instituições sem ânimo de lucro, rein-

vestindo todas as suas receitas ou excedentes financeiros nas próprias finalidades sociais.

(...)

São entidades do chamado ‘terceiro-setor’, organizações que não são nem estatais, nem mercantis, vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem o lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais.” (MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio – Serviço de saúde – Conceito de serviço público e serviço de relevância pública. *RTDP – Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 28, 1999, p. 117-118)

Não há dúvida de que tais entidades, quando recebem recursos públicos, estão obrigadas a aplicá-los no desempenho das ações de interesse público que justificaram tanto sua existência quanto o recebimento das verbas. O debate neste estudo estará centrado na questão dos objetivos e limites da fiscalização necessariamente exercida pela entidade pública que proporcionou tais recursos.

II – Resumo das Questões em Exame

A descrição dos fatos no âmbito da consulta revela o tema central que será abordado no presente estudo.

Trata-se, fundamentalmente, da gestão inteligente de recursos públicos, o que enseja, em última instância, uma notável economia de escala e redução de custos.

Com efeito, o caso concreto reporta-se à gestão nacional de unidades de atendimento ao SUS centralizada em um único ente localizado em São Paulo, sob o comando de uma associação civil filantrópica e sem fins lucrativos: a Pró-Saúde.

Obviamente, como todo e qualquer órgão que representa uma administração central, a Pró-Saúde suporta inúmeros custos relativos a atividades meio absolutamente imprescindíveis à concretização do seu objetivo maior e final, qual seja, a gestão das unidades do SUS em nível nacional para a qual foi contratada.

Conforme abordado na consulta, essas atividades de caráter instrumental ensinam os chamados “custos indiretos”, custos estes rateados proporcionalmente entre as diversas contratações existentes, respeitados os limites dos repasses públicos pactuados.

É muito oportuna a manifestação doutrinária que em seguida se transcreve, mostrando que, para prestar serviços de saúde, muitas vezes é essencial a aplicação de recursos em atividades que não são diretamente serviços de saúde, mas sem as quais a atividade fim não poderia ser executada:

“Deve-se atentar, por fim, que o objeto de uma parceria na saúde pode envolver a construção de uma obra, a reforma de um edifício, a execução de serviços diversos, a compra e a venda de bens. Para tanto, é imprescindível que tais ações: (i) sejam necessárias, instrumentais e acessórias à realização do objeto ajustado; e (ii) estejam especificadas e sejam executadas conforme o plano de trabalho.

Deve-se perceber, nessa medida, que grande parte dos serviços de assistência à saúde prestados por meio de parcerias com a iniciativa privada depende de estrutura física e de equipamentos específicos para sua execução, os quais podem constar como elementos acessórios nos planos de trabalho das parcerias.” (MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistências à saúde pelos municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91) .

Com muito maior razão pode-se afirmar que a aplicação de recursos na atividade meio de *gestão* de serviços de saúde é inquestionavelmente correta, pois sempre haverá necessidade de uma estrutura administrativa, para controle de pessoal e de materiais, para a aferição da qualidade dos serviços prestados e, muito especialmente, para a fiscalização interna da aplicação dos recursos, não só para aferir a regularidade, mas também visando evitar desperdícios e obter o melhor rendimento possível dos recursos aplicados.

Pois bem, o questionamento que aqui se coloca em pauta diz respeito justamente à centralização, nas mãos de um único ente, desses custos indiretos oriundos de serviços de apoio obrigatórios para a sobrevivência da atividade fim para a qual a Pró-Saúde se propõe.

Estamos nos referindo, por exemplo, a serviços de contabilidade, assessoria jurídica, departamento pessoal, recursos humanos.

Causa espanto que órgãos como as Secretarias de Saúde, Ministério Público, Tribunais de Contas não tenham observado que uma atuação centralizada é exatamente o melhor caminho para a otimização desses custos indiretos, gerando uma notável economia de escala.

A constatação é óbvia: é muito mais eficiente, racional e menos custoso ter as atividades meio concentradas no âmbito de uma única gestora central, do que os entes localizados no âmbito nacional terem que se aparelhar, cada qual, com o serviços de apoio próprios.

Do ponto de vista da eficiência, é importante ressaltar, ainda, que operação centralizada da rede de unidades de saúde possibilita, por exemplo, a extensão a todas as unidades de uma única solução criada a partir de um problema verificado pontualmente.

Imagine-se uma cobrança indevida de um tributo municipal por uma dada Prefeitura. A solução dada para esse caso será aproveitada para outras eventuais cobranças. O mesmo raciocínio se aplica à melhoria dos sistemas de informática, o que também se estende a todas as unidades sob o comando da Consulente.

Por fim, é bom lembrar, também, que a contratação é originalmente norteada por um teto, dentro do qual já estão embutidos os custos indiretos inerentes a uma administração central, inexistindo, portanto, qualquer impacto no montante do recurso público a ser despendido.

Enfim, a legitimidade da cobrança dos custos indiretos por uma administração centralizada é tão cristalina, que a própria base fática aqui descrita já é capaz de demonstrar argumentos bastante robustos nesse sentido.

De todo modo, passaremos, na sequência, a discorrer sobre os fundamentos jurídicos, através de legislação e doutrina aplicáveis à matéria, que demonstram de forma inequívoca e definitiva que o interesse público milita em favor de uma administração centralizada na gestão do setor da saúde, nos exatos moldes previstos no caso vertente.

III – Análise da Legislação Aplicável aos Fatos em Exame

O exame da legislação aplicável às questões em exame, começa pelo texto da Constituição Federal, mas, significativamente, pela nova redação dada ao art. 37 pela EC nº 19/98, que é um marco na implantação da chamada reforma administrativa:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Nessa transcrição, foi destacado o princípio da *eficiência*, que foi agregado ao texto original pela mencionada EC, e que é de especial relevância para o desenvolvimento deste estudo.

Para uma melhor compreensão da relevância desse princípio (e de outros que serão mencionados mais adiante) é fundamental que se tenha uma visão

mais clara do significado e da importância dos princípios jurídicos no direito brasileiro atualmente. Isso será feito com o auxílio de um texto da doutrina:

“Em primeiro lugar, é preciso deixar ainda mais claro que os princípios não são meras declarações de sentimento ou de intenção, desprovidos de qualquer positividade. Princípios também são ‘normas’, ou seja, são dotados de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou, pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

Além disso, os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas isoladas. É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Diante de uma lacuna normativa, diante da falta de normação expressa para uma determinada situação, diante de uma dúvida interpretativa, deve-se decidir o caso concreto à luz dos princípios, da maneira mais condizente com o significado do princípio ou dos princípios aplicáveis à específica questão em exame.” (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79)

Atualmente, não basta que o gestor de interesses públicos (seja na administração pública ou nos entes de colaboração) se limite ao fiel e formal cumprimento da literalidade da lei. A EC nº 19/98, normalmente designada como “Emenda da Reforma Administrativa”, foi o marco principal da substituição do antigo modelo burocrático pelo modelo gerencial, no qual as atividades de controle são abrandadas, quanto aos procedimentos, e devem estar focadas nos resultados alcançados. O formalismo deve ceder em nome da eficiência e de outros princípios a ele correlacionados, também consagrados no texto constitucional.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Isso fica muito claro pela simples leitura do texto constitucional ao dispor sobre o controle da aplicação de recursos públicos:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta,

quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.*”

Obviamente, a prestação de contas, prevista no parágrafo, deve demonstrar, com clareza, que a aplicação dos recursos foi feita com observância dos tópicos constante do *caput* do artigo.

Ao discorrer sobre os tipos de controle, mencionados no art. 70 da Constituição Federal, o justamente renomado constitucionalista José Afonso da Silva assim enfoca o controle da economicidade:

“Controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 756-757)

A necessidade de observância do princípio da economicidade já foi destacada em trabalho publicado por um dos signatários do presente estudo:

“Uma das finalidades legais certamente sempre será a execução do objeto contratado com a melhor relação custo-benefício, sempre será a aplicação ótima dos recursos públicos, o que pode ser traduzido como a concretização, em cada caso específico, do princípio constitucional da economicidade.” (DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – Economicidade, razoabilidade e eficiência. *RTDP – Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 40, 2002, p. 9)

Dado que a economicidade é um ponto central das questões aqui examinadas, convém sejam referidas outras manifestações, de respeitáveis doutrinadores:

“O exame realizado pelas Cortes de Contas ultrapassa a análise meramente burocrática. Verifica, não só os elementos formais que norteiam o processo de despesa, como também a relação custo benefício, a aferição da atuação ótima das ações administrativas, a mais rentável possível em se considerando o interesse público envolvido (...)” (GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 89)

“No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública.” (FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85-86)

“Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação.” (TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, 121, Senado Federal, 1994, p. 267)

Seja permitido, por último, quanto ao entendimento do significado jurídico e prático da economicidade, transcrever fragmentos de um longo e cuidadoso estudo específico, exatamente sobre a fiscalização das prestações de contas no tocante à economicidade:

“Pelo princípio da economicidade presente no art. 70 da CF, pode-se averiguar a relação entre custo e benefício, tomando como partida a verba destinada para determinada finalidade e o seu emprego racional conforme metas estabelecidas *a priori*.

Reveste-se do conceito de eficiência caracterizado pela tentativa de com o mínimo de empregos de recursos e esforços obter o máximo possível de resultados favoráveis.

Pelo princípio da economicidade é possível controlar de maneira mais eficaz a entrada de dinheiro dirigida a uma determinada atividade pública e o seu emprego racional, evitando o máximo possível de desperdícios e malversação da verba pública.

No nosso entendimento, o princípio da economicidade é um instrumento de averiguação da relação gasto público e benefício auferido, a ser empregado na subjetividade de cada caso, pois a medida da economicidade só pode ser verificada a partir da realidade de um determinado fato administrativo, onde possamos a partir de determinada verba examinar se os benefícios foram ou não alcançados, ou se ocorreu algum tipo de desvio que impossibilitou o atingimento da finalidade perquirida pela Administração Pública.” (MATA, Márcia Filomena de Oliveira. *Fiscalização da Administração Pública em face da economicidade*. *Revista da AJURIS*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 61, jul. 1994)

Diante de todas essas manifestações, fica perfeitamente claro que economicidade não significa gastar menos, mas, sim, aplicar recursos de maneira

a que se possa atingir melhores resultados na aplicação de recursos públicos, seja diretamente pela administração, seja indiretamente por intermédio de entidades de colaboração, como é o caso em exame.

Recorrendo, uma vez mais, à doutrina, pode-se notar que a economicidade tem estreitas ligações com outro princípio jurídico que, dia a dia, vem ganhando maior prestígio, qual seja o da razoabilidade:

“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse ‘bom-senso jurídico’ se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito.

A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, n. 16, 1996, p. 173)

A jurisprudência, inclusive e especialmente nos Tribunais Superiores, também já assimilou e aplica o princípio da razoabilidade. É importante evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal (“burocrática”, no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos são praticados e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Desde muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita frequência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns acórdãos cujos respectivos eminentes ministros relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min. Marco Aurélio: HC 77.003-4/PE, RE 211.043-4/SP, RE 148.095-5/MS, RE 226.461-9/CE, RE 192.568-0/PI e Agr. Reg. em RE 205.535-2/RS; Min. Moreira Alves: Repr. 1.077/RJ (RTJ 112/34); Min. Celso de Mello: ADIn 1.158-8/AM; e Min. Sepúlveda Pertence: ADIn 855-2/PR e HC 76.060-4/SC.

Neste ponto, pode-se voltar ao exame do texto constitucional, que no inciso II de seu art. 74, se refere ao controle da aplicação de recursos públicos por entidades privadas, dando ênfase à avaliação dos resultados:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II – comprovar a legalidade e *avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;”

Tendo ficado suficientemente destacada a relevância dos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, pode-se agora ingressar na área da prestação de serviços de saúde. Sem entrar em maiores detalhes, é suficiente, para os fins deste estudo, a leitura dos dispositivos constitucionais que se transcrevem:

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

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

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

O texto constitucional supra transcrito se refere a contratos ou convênios. No caso em exame, não obstante tenha sido firmado um “Contrato de Gestão”, o que se tem, na verdade, tendo em vista o conteúdo do ajuste firmado, é um convênio, pois não se trata do pagamento pela execução de um serviço, mas sim do repasse a entidades privadas de recursos públicos, com condições que assegurem a realização dos interesses públicos que justificaram o repasse das verbas.

Essa diferenciação foi feita, com sua costumeira clareza e objetividade, pela notável jurista Maria Sylvania Zanella Di Pietro, cujo texto sobre o controle dos convênios precisa ser transcrito, dado que se ajusta perfeitamente ao caso em exame e já adianta a resposta a um dos quesitos especificamente formulados. Leia-se:

“Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos

contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Dessa distinção resulta uma consequência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem, de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público; aquele valor deixou de ser dinheiro público no momento em que entrou para o patrimônio privado; vale dizer que o interesse do Poder Público se exaure com a entrega definitiva do objeto do contrato nas condições estipuladas.

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: [concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada]. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 297)

Ou seja: o dinheiro público não perde essa natureza, pois é um dinheiro “carimbado”, destinado a uma específica finalidade. Porém, a maneira de utilizar tais dinheiros, pela entidade conveniente que os recebeu, é completamente diferente. É abissal a diferença entre a contabilidade pública e a contabilidade das entidades privadas. Aliás, essa é uma das razões que justificam o repasse dos recursos a entidades privadas, que podem e devem agir com um mínimo de burocracia e um máximo de agilidade.

A entidade consulente, Pró-Saúde – Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como “Organização Social”, nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cujos requisitos de existência e funcionamento atende perfeitamente. O único problema, que é objeto da presente consulta, está na aplicação dos recursos a ela transferidos pelo Poder Público.

Para poder receber tais recursos, a consulente firmou com diversos entes federativos “Contratos de Gestão”, por meio dos quais recebeu recursos com o encargo e a finalidade de gerenciar unidades de saúde. O conceito de contrato de gestão é dado pelo art. 5º da mencionada Lei:

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

Note-se, portanto, conforme dito acima, que, não obstante a designação, não se trata de um típico contrato (sinalagmático e comutativo), mas sim de um típico convênio, para atuação em parceria.

“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;”

Neste exame da legislação aplicada ao caso em estudo, é essencial o exame da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece normas gerais para as parcerias firmadas pela administração pública:

“Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.”

No art. 2º, e seu inciso I, a Lei nº 13.019/2014 apresenta um conceito de organização da sociedade civil que é muito relevante para compreensão das questões postas na formulação da consulta:

“Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;”

Fica perfeitamente claro que a organização social exerce uma atividade econômica, na medida em que aplica recursos para a obtenção de determinados resultados. A organização social pode ter lucro, ou seja, pode ter um resultado favorável na aplicação dos recursos. O que não pode é distribuir lucros ou dividendos, devendo reaplicar saldos eventualmente aferidos, na própria entidade e para as mesmas finalidades para as quais foi instituída.

Além dos condicionamentos constantes do próprio conceito de organização social, as entidades assim qualificadas, ao celebrarem um convênio com a administração pública, ficam obrigadas a observar as diretrizes estabelecidas no art. 6º, do qual se destacam os incisos II, VII e VIII, por sua especial pertinência com o caso em exame:

“Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria:

(...)

II – a priorização do controle de resultados;

(...)

VII – a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII – a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos;”

Esses três incisos resumem muito bem o que foi sendo salientado ao longo deste estudo: a priorização do controle de resultados exige que, na gestão, os controles se reduzam ao estritamente necessário para coibir desvios e que essa gestão seja feita por pessoal perfeitamente capacitado e permanentemente atualizado. São não só indispensáveis, mas prioritárias, as despesas indiretas (os custos indiretos) voltados para a observância dessas determinações legais.

A indagação fundamental, constante dos quesitos especificamente formulados, está respondida pelo art. 46 da Lei nº 13.019/2014, em sua versão atual, com as muitas alterações e com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, especialmente em seu inciso III:

“Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

I – remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante

a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;

II – diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;

III – custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;

IV – aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.”

Todos os incisos se referem a custos indiretos, mas o inciso III se refere expressamente a “custos indiretos necessários à execução do objeto”. Evidentemente, também esses custos indiretos devem pautar-se pelos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. No caso em exame, a centralização administrativa permite que se gaste menos, com mais agilidade, com menos burocracia e com melhores resultados.

Acima de tudo, é importante destacar que essa centralização possibilita a adoção de práticas e soluções uniformes, na medida em que problemas enfrentados e resolvidos por uma unidade sejam aproveitados por todas, com evidentes ganhos de racionalização e economia. Nos termos da consulta: os custos da defesa da condição filantrópica da Consulente na Bahia, trazem proveito, sim, para uma Unidade de Pronto Atendimento em São Paulo, ou em qualquer outra unidade prestadora dos serviços de saúde, podendo ter uma função profilática, evitando que a mesma questão seja suscitada por outras unidades federativas.

Por último, no tocante à indagação sobre se os recursos aplicados ao convênio são públicos ou privados, há um divisor de águas no art. 51 da Lei nº 13.019/2014:

“Art. 51. Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta corrente específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela administração pública.”

Os recursos serão sempre públicos em função de sua necessária aplicação na atividade de interesse público que justificou a celebração do convênio. Eles não podem servir a qualquer outra finalidade. Entretanto, há uma enorme diferença entre a natureza dos recursos e a gestão desses mesmos recursos. Até o momento em que eles estão depositados na mencionada conta corrente

específica, sua movimentação deve pautar-se por normas da contabilidade típica da entidade administrativa depositante. Mas, uma vez feita a transferência para a conta da administração central, daí para diante, sua gestão, seu uso, sua aplicação e até sua prestação de contas, deverão observar as normas de direito privado, caracterizando-se pela liberdade de atuação e pelo sigilo quanto a estratégias negociais, observados os limites e condições expressamente estabelecidos nos termos do contrato de gestão/convênio.

IV – Considerações Gerais

O que se pode notar, nos termos da consulta e no decorrer do estudo, é a existência de um certo descompasso, entre a atuação dos órgãos de fiscalização (órgãos de controle interno do Executivo, Ministério Público e Tribunais de Contas) e a grande e rápida evolução da gestão pública, a partir da chamada Reforma Administrativa.

Ainda existem resquícios de uma antiga oposição de interesses e de uma suposta hierarquia entre a administração pública e os particulares. Esse relacionamento mudou completamente. A desconfiança foi substituída pela boa fé, a legalidade estrita (rigoroso controle da forma) pela execução de políticas públicas (maior preocupação com os resultados) e os contratos pela celebração de parcerias, cujo pressuposto é a confiança recíproca.

As condutas das partes que atuam em parceria devem ser avaliadas menos pela literalidade das normas, mas sim pela observância dos princípios da legalidade (que não se confunde com estrita legalidade), eficiência, economicidade e razoabilidade.

Os particulares, quando atuam na qualidade de entes de colaboração, não perdem sua condição de pessoa jurídica de direito privado e necessitam ter liberdade de gestão e, acima de tudo, segurança jurídica. Não é o caso de se dissertar aqui sobre a relevância desse super princípio, mas é conveniente transcrever uma lição do saudoso mestre Geraldo Ataliba:

“Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e

ônus da atividade empresarial.” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo; RT, 1985. p. 151)

Isso que foi dito sobre os empresários, vale também para as entidades sem fins lucrativos, que não podem funcionar regularmente num clima de instabilidade de orientações e entendimentos, por parte de seus parceiros públicos.

Neste ponto, na questão da segurança jurídica, fica mais visível a conveniência de uma administração centralizada. O diálogo com as entidades públicas convenientes fica bem mais fácil, na medida em que todas elas contam com um (único) interlocutor. Em lugar da existência de muitas discussões isoladas, que não se comunicam, é possível firmar entendimentos, que serão observados uniformemente pelas entidades conveniadas prestadoras dos serviços finais, e que servirão como referência também para todas as entidades públicas que firmam as diversas parcerias.

Em resumo, a existência de uma administração central não é de interesse apenas das entidades privadas que atuam como entes de colaboração, mas são também de enorme interesse das entidades públicas parceiras, pois todos ganham com a segurança jurídica disso decorrente.

V – Conclusões

À luz de tudo quanto foi acima exposto, pode-se, agora, responder, direta e objetivamente, a cada um dos quesitos especificamente formulados:

a) Pela “Lei das Organizações Sociais” (Lei nº 9.637/98), relativamente aos valores a serem repassados pelo Poder Público, há vedação quanto à sua utilização para a cobertura dos acima referidos “custos indiretos”?

Resposta: Não há vedação alguma, nem poderia haver, pois sempre existe uma atividade meio, para a realização da atividade fim. É inevitável a ocorrência de custos indiretos.

b) Não trazendo referida Lei nº 9.637/98 disposições neste sentido, o “Marco Regulatório do Terceiro Setor” (Lei nº 13.019/2014), embora não revogue a Lei nº 9.637/98, poderia ser aplicado analogicamente à questão dos “custos indiretos”, como também à sistemática de seu rateio?

Resposta: Sim, a Lei nº 13.019/2014 está em vigor e pode ser aplicada diretamente, pois em seu art. 46 está autorizado o pagamento de custos indiretos.

c) Nestes custos indiretos, desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos (unilateralmente fixados pelo Poder Público), ao

lado daqueles tido como regulares e por meio de critério de rateio à medida que se verificarem, poder-se-ia incluir gastos decorrentes da concretização de riscos inerentes à atividade da Consulente?

Resposta: Sim. A atividade da consulente é uma atividade econômica, embora sem fins lucrativos. Como toda atividade econômica, existem riscos que precisam ser considerados no desenvolvimento de suas atividades.

d) E gastos com o constante aperfeiçoamento técnico-profissional da ora Consulente ou, ainda, com despesas inerentes à continuidade de sua própria existência, novamente dentro de um critério de rateio e desde que não ultrapassados os limites contratuais dos repasses públicos?

Resposta: A Consulente tem não só o direito, mas também o dever de promover o constante aperfeiçoamento técnico-profissional de seus quadros, em benefício da qualidade dos serviços prestados.

e) Se positivo, dado o caráter fixo dos repasses públicos nos contratos de gestão, o conhecimento, obviamente, dos custos diretos, e a presunção de veracidade das anotações contábeis regularmente lançadas, não seriam os balanços/balancetes da ora Consulente (fiscalizados também pela Receita Federal e pelo Ministério da Saúde no que tange à sua filantropia) documentos hábeis a demonstrar tais “custos indiretos”?

Resposta: O princípio geral da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil, se espalha por todas as relações contratuais, inclusive convênios, e abrange o cumprimento de todas as obrigações, inclusive a prestação de contas. A documentação apresentada, balanços e balancetes, gozam da presunção de veracidade.

f) Ir a Administração (e demais órgãos de controle) além disso, sem qualquer justa causa, não feriria os princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, impondo a todos os envolvidos, inclusive à Administração, ônus desnecessários, além de interferir indevidamente na esfera privada da ora Consulente, forçando-a a expor, por exemplo, todo o seu *know-how*, planos estratégicos, etc.?

Resposta: Os excessos de fiscalização sempre comprometem a eficiência e afetam a economicidade. O poder/dever de fiscalizar tem limites, não podendo devassar a intimidade da entidade controlada. As estratégias negociais não podem ser devassadas.

g) Quando finalmente os recursos públicos recebidos pela ora Consulente perdem esta característica, revestindo-se, então, de caráter privado? Já no momento em que o numerário lhe é disponibilizado pelo Poder Público em

conta-corrente vinculada ao “Contrato de Gestão”? Ou quando transferido de referida conta vinculada para a conta-corrente da “administração central” da ora Consulente?

Resposta: Os recursos públicos não perdem essa característica até sua aplicação na finalidade pública especificada no repasse, mas, uma vez transferidos para a conta-corrente da “administração central” da consulente, passam a ser geridos com a liberdade inerente à iniciativa privada, que deve utilizá-los de maneira a promover a economicidade e a melhor qualidade na prestação dos serviços previstos no “Contrato de Gestão”.

h) Poderia o Poder Público recusar-se a saldar as “despesas e custos indiretos” pelo fato de aquelas contratações privadas e estratégicas não terem observado os princípios administrativos, mesmo isto não sendo a prática comum na seara privada e em nada impactando no valor do contrato público licitado como um todo?

Resposta: Não existe possibilidade de que o Poder Público se recuse a saldar as “despesas e custos indiretos”, regularmente contratados, demonstrados e rateados, sob alegação de descumprimento dos princípios da Administração Pública, dado que, como foi dito acima, tais gastos são efetuados com a liberdade inerente à iniciativa privada, por critérios tais como o sigilo, a confiança, a estratégia e até mesmo a pura intuição, sempre proporcionando ganhos de eficiência e economicidade. Dizendo mais diretamente: a observância dos princípios administrativos visa proteger o interesse público e evitar a ocorrência de desvios, mesmo que, como se sabe, essa observância possa acarretar perdas de eficiência e de economicidade. No caso em exame, não há razão alguma para a aplicação dos princípios da Administração Pública a uma entidade privada, pois liberdade de atuação e assunção dos riscos são inerentes à iniciativa privada, em nada afetando o interesse público.

i) É correto o entendimento de que, além de balanços e/ou balancetes, e do próprio critério de rateio em si, também não poderia o Poder Público exigir qualquer outra documentação privada da entidade, sob pena de “excesso de fiscalização” e de devassa indevida das estratégias negociais da entidade?

Resposta: O excesso de controle é sempre danoso por tolher a iniciativa e a criatividade. Mas, no caso em exame, além disso, esse “excesso de fiscalização” se configura como patentemente ilícito, exatamente por configurar intromissão indevida em assuntos internos da entidade, cujas estratégias negociais são protegidas pelo sigilo e, uma vez expostas, podem proporcionar vantagens indevidas a outras entidades privadas, que, assim, aufeririam um proveito ilícito ou um enriquecimento sem causa. O fato substancial é que não

existe qualquer interesse legítimo do Poder Público na devassa das estratégias operacionais da entidade.

S.M.J., é o parecer.

TITLE: Social organization, Central administration, Factory overhead cost, Proration, Legality, efficiency, economics and reasonability – opinion;

ABSTRACT: There is no doubt that social organizations, when receiving public funds, are obliged to apply them in public interest actions, which justify both their existence and the receipt of funds. The debate herein will focus on the issue of the objectives and limits of the inspection necessarily exercised by the public entity that provided such funds.

KEYWORDS: Social Organization, Central Administration, Factory Overhead Cost, Proration, Legality,
