

ÔNUS DA PROVA, INTEGRIDADE E CONTROLE CONCOMITANTE NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SAÚDE¹

THE BURDEN OF PROOF, INTEGRITY AND CONCOMITANT CONTROL IN THE ACCOUNTS OF SOCIAL HEALTH ORGANIZATIONS



Élida Graziane Pinto

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

Sumário: 1 Introdução. 2 Integridade e dever de prestação de contas: balizas de controle para avaliação das entidades do terceiro setor que atuam em parceria com o Estado na política pública. 3 Considerações finais. 4 Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o dever de as entidades do terceiro setor prestarem contas da sua atuação complementar no âmbito do SUS, por meio da distribuição compartilhada do ônus da prova quanto ao manejo regular dos recursos públicos, à luz do art. 70, parágrafo único da Constituição Federal. Neste trabalho, será discutido o alcance do regime de integridade das entidades beneficiárias de repasses na área da saúde (referido no art. 7º, VIII da Lei 12.846/2013), para que haja, a cada liquidação de despesa, controle dos riscos de burla e fuga ao regime jurídico administrativo. Serão abordadas as possíveis medidas a serem adotadas pelos gestores públicos responsáveis e pelas entidades do terceiro setor, no intuito de mitigar a fragilidade gerencial de avaliação dos custos e resultados verificados em tais parcerias na consecução da política pública da saúde. Dado esse panorama, busca-se um ciclo dinâmico, plurilateral e tempestivo de cruzamento de dados e análise de riscos, a cada ato formal de liquidação de despesa, para que a execução terceirizada das ações e serviços públicos de saúde seja consonante com as necessidades de saúde da população em uma equação de custo-efetividade. Conclui-se, assim, pela possibilidade de atuação preventiva e concomitante de todas as instâncias de controle e, em especial, do Ministério Público de Contas no que se refere ao controle da aplicação terceirizada dos recursos do SUS, em prol da eficácia concreta do direito fundamental à saúde.

Abstract: This article aims to analyze the duty of third sector entities to account for their complementary role within the SUS, through the shared distribution of the burden of proof regarding the regular management of public resources, in light of art. 70, sole paragraph of the Federal Constitution. In this work, the scope of the integrity regime of beneficiary entities of transfers in the health area will be discussed (referred to in article 7, VIII of Law 12.846/2013), so that there is, every settlement of expenses, control of fraud risks and escape from the administrative legal regime. Possible measures to be adopted by responsible public managers and third sector entities will be addressed, in order to mitigate the managerial weakness of evaluating the costs and results verified in such partnerships in the achievement of public health policy. Given this panorama, a dynamic, plurilateral and timely cycle of data crossing and risk analysis is sought, at each formal expense settlement act, so that the outsourced execution of public health actions and services is in line with the needs of population health in a cost-effectiveness equation. Thus, it is concluded that there is a possibility of preventive and simultaneous action by all control bodies and, in particular, by the Public Prosecutor of Accounts with regard to the control of the outsourced application of SUS resources, in favor of the concrete effectiveness of the law fundamental to health.

Palavras-chave: Terceiro Setor. SUS. Dever de prestar contas. Ônus da prova. Controle de integridade.

Keywords: Third sector. SUS. Duty to be accountable. Burden of proof. Integrity control.

¹ Artigo adaptado para a Revista Controle em Foco – MPC/MG



1 INTRODUÇÃO

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

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

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

Ao dever universal de prestar contas, inscrito constitucionalmente no parágrafo único do art. 70, soma-se o dever de provar o regular emprego dos recursos públicos de que trata o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, que é exigido não só da administração pública, mas de todos os que com ela se relacionam.

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

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

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

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

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

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

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

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

O norte a ser buscado é o de um ciclo dinâmico, plurilateral e tempestivo de cruzamento de dados e análise de riscos, a cada ato formal de liquidação de despesa, para que a execução terceirizada das ações e serviços públicos de saúde seja intertemporalmente consonante com as necessidades de saúde da população em uma equação custo-efetiva.

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

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

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

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

Em estudo publicado em novembro de 2017 sobre opções de ajuste fiscal², o Banco Mundial assim se posicionou quanto à ineficiência alocativa na política pública de saúde brasileira:

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

- (i) **Racionalização da rede de prestação de serviços, especialmente a rede hospitalar, para atingir um melhor equilíbrio entre acesso e escala (eficiência).** Mais especificamente, isso exigiria **a redução do número de hospitais de pequeno porte (a maioria dos hospitais brasileiros tem menos de 50 leitos, e por volta de 80% têm menos de 100 leitos – quando o tamanho ótimo estimado varia 150 e 250 leitos para alcançar economias de escala).** O estudo estima em R\$1,3 bilhões por ano as ineficiências na MAC apenas nos municípios com 100% de hospitais de pequeno porte. [...]
- (ii) **Incentivar o aumento da produtividade dos profissionais de saúde.** Isso exigiria implementar **políticas de remuneração vinculadas a qualidade e ao desempenho, como pagamento por desempenho.** O estudo estima ganhos de eficiência de R\$2,9

² BANCO MUNDIAL. **Um Ajuste Justo:** Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2021.



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

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

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

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

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

Precisamente essa, aliás, é a conclusão do presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das Organizações Sociais de Saúde– instaurada³ no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e cujo relatório foi apresentado no dia 12/09/2018⁴ –, Deputado Estadual Edmir Chedid (DEM), para quem: “as entidades beneficiárias de tais repasses não se sentem obrigadas a prestar contas”⁵.

Interessa aqui primordialmente resgatar – com higidez – a necessidade de as entidades do terceiro setor provarem sua integridade, até para os devidos fins da Lei Anticorrupção e dos arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015 (que a regulamentou), por meio da distribuição compartilhada do ônus da prova quanto ao manejo regular dos recursos públicos, perante as instâncias de controle e ao longo de um devido processo de prestação de contas. Segundo o Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão 1522/2016⁶-Plenário,

3 Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idLegislatura=18&idComissao=1000000225>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

4 Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/12/cpi-das-oss-aprova-relatorio-apos-retirar-denuncias-contra-governador-de-sp-e-secretario.ghtml>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

5 Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/entidades-nao-se-sentem-obrigadas-a-prestar-contas-diz-presidente-da-cpi-das-oss/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

6 Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A1522%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

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

a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam;

b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal.

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

Vale lembrar, por oportuno, que a maior demanda oriunda da CPI das OSS da ALESP foi enfática e devidamente registrada na própria conclusão do seu relatório: “é preciso conferir maior transparência às informações e procedimentos que sustentam o modelo, reforçando o controle interno, o controle externo e o controle social.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com o advento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), emergiu o horizonte preventivo dos sistemas de integridade *ecompliance* serem criados no âmbito das pessoas jurídicas privadas — com ou sem finalidade lucrativa —, no intuito de se tentar comprovar objetivamente a alegação de boa-fé em investigações de casos de corrupção em que as empresas e as entidades do terceiro setor se vissem, porventura, envolvidas em suas relações com o Estado. Interessante, aqui, resgatar a forma como Fernando Facury Scaff⁷ se posicionou a respeito do tema:

7 SCAFF, Fernando Facury. **A articulação dos acordos de leniência em um sistema de controle público.** *Consultor Jurídico*. 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

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

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

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

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

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

Aliás, é também no momento da liquidação que a entidade do terceiro setor beneficiária de repasses presta contas de sua atuação e comprova que executou o serviço de forma adequada e integral, sem conflito de interesses ou remunerações exorbitantes ao seu quadro de pessoal. Somente o exaurimento do ônus da conformidade com os princípios constitucionais e ditames legais aplicáveis afasta, assim, o peso da responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos contra a administração pública previstos na Lei Anticorrupção. Sobre o assunto, Pinto e Spinelli⁸ manifestaram-se:

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

A responsabilidade objetiva prevista na lei caso sejam apurados atos irregulares e ilícitos decorre do risco assumido pela empresa de não conseguir se desincumbir do aludido

8 PINTO, Élda Graziane. SPINELLI, Mário Vinícius. Lei Anticorrupção impõe a empresas corresponsabilidade de prestar contas. Consultor Jurídico. 08.nov. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/lei-anticorrupcao-impo-e-empresas-corresponsabilidade-prestar-contas>>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.



dever bilateral de prestar contas. Sem isso, ela não pode ser liberada das suas obrigações contratuais, nem tampouco pode ter atestada a sua aptidão de receber do Estado o quanto lhe é devido. (grifo acrescido ao original).

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

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

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

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

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

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

- 1) evidenciação dos riscos de remunerações cumulativas (a título de honorários e/ou pagamento de assessorias jurídica/contábil etc) e, portanto, dissonantes com o regime do art. 37, XI da CR/1988;

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

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

- (i) aderência ao planejamento sanitário, na forma do art. 36 da Lei 8.080/1990, do art. 2º, II e do art. 30, ambos da Lei Complementar nº 141/2012;
- (ii) demonstração do caráter estritamente complementar e comprovação da vantajosidade do repasse em relação à execução direta, na forma do art. 199, §1º da Constituição de 1988, dos arts. 4º, §2º, 8º e 24 da Lei 8.080/1990 e do art. 16 da Lei 4.320/1964;
- (iii) obediência ao teto remuneratório, em consonância com o art. 37, XI da Constituição de 1988, no somatório global mensal dos pagamentos feitos aos funcionários das entidades com recursos públicos na forma de salários, honorários e quaisquer espécies remuneratórias;
- (iv) devido processo isonômico e impessoal de seleção da entidade, na forma do julgamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal à ADI 1923/DF julgada pelo STF e do Acórdão TCU 3239/2013-Plenário;
- (v) regimento de subcontratações/quarteirizações com controle de devido processo de seleção e evidenciação de custos, nos mesmos moldes da própria parceria celebrada entre Estado e entidade do terceiro setor;
- (vi) vedação de conflito de interesses e nepotismo, em respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade;
- (vii) transparência ativa, na forma do art. 2º da Lei 12.527/2011;
- (viii) controle de custos e resultados, por meio do contraste entre metas físicas e financeiras constantes do plano de trabalho e a execução dos indicadores de processo e resultado da parceria em painel de acompanhamento simultâneo divulgado no sítio eletrônico tanto do ente público (caráter global de todas as parcerias em andamento e dados unitários de cada qual), quanto da entidade do terceiro setor (com dados consolidados de todos os recursos públicos recebidos e por cada vínculo negocial isoladamente);
- (ix) comprovação da efetiva ausência de finalidade lucrativa, por meio do exame em pertinente matriz de risco de indicadores extraídos da confluência dos itens (iii), (v) e (viii);
- (x) gestão do ganho de escala operacional e restrição à formação de oligopólios, cujo controle se impõe na forma do item (viii);
- (xi) remuneração variável conforme parâmetros de qualidade de atendimento e indicadores de



otimização dos resultados (entre os quais, por exemplo, cabe citar meta de redução de internações por condições sensíveis à atenção básica de saúde e meta de redução da demanda reprimida);

(xii) inclusão da parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade-fim do ente público nas entidades beneficiárias de repasses ao terceiro setor, no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal, na forma do art. 18, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional 233/2019 e do Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 1.187/2019-Plenário;

(xiii) previsão de cláusula contratual que fixe limite prudencial de despesas com pessoal em relação ao valor total de recursos do contrato de gestão/ termo de parceria/ convênio etc e sobre mecanismos de controle sistemático pela autoridade supervisora, sendo ideal que os gastos relativos com subcontratação de empregados não poderão ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato de gestão, sendo vedada a subcontratação para execução da atividade especializada de gerenciamento de saúde;

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

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

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

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

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

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

4. REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>> Acesso em 20 de setembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

MACHADO. Lívia. CPI das OSS aprova relatório após retirar denúncias contra governador de SP e secretário adjunto. Globo, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/12/cpi-das-oss-aprova-relatorio-apos-retirar-denuncias-contr-governador-de-sp-e-secretario.ghml>>. Acesso em 27 de setembro de 2021.



PINTO, Élida Graziane. SPINELLI, Mário Vinícius. Lei Anticorrupção impõe a empresas corresponsabilidade de prestar contas. Conjur. 08 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/lei-anticorruptao-impoe-empresas-corresponsabilidade-prestar-contas>>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

SCAFF. Fernando Facury. A articulação dos acordos de leniência em um sistema de controle público. Conjur. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

VASSALO. Luiz. Entidades não se sentem obrigadas a prestar contas, diz presidente da CPI das OSS. Estadão, 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/entidades-nao-se-sentem-obrigadas-a-prestar-contas-diz-presidente-da-cpi-das-oss/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1522/2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1522%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.