A LEI FEDERAL DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

BRASÍLIA- df 2016 Estudo realizado no âmbito da parceria entre o Ministério da Saúde e a Organização Pan-Americana da Saúde, estabelecida por meio do 88º Termo de Cooperação – Aperfeiçoamento e Qualificação da Gestão Estratégica e Participativa do Sistema Único de Saúde

Elaboração: Valéria Alpino Bigonha Salgado (consultora contratada)

A LEI FEDERAL DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

BRASÍLIA – DF **2016**

Capítulo :	1 Sumário	4
Apresent	ação	7
Capítulo 2	2 A Lei nº 9.637, de 1998	9
2.1.	Contextualização	9
2.2.	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5	12
Capítulo 3	3 Principais disposições da Lei Federal das organizações socais	17
3.1.	Conceito de organização social	17
3.2.	O Programa de Publicização	19
3.1.	Posicionamento do STF sobre a publicização	20
3.2.	A habilitação ao título de organização social	23
3.3.	A conveniência e oportunidade da qualificação	24
3.4.	Inaplicabilidade da licitação ao processo de qualificação de OS	27
3.5.	O Conselho de Administração da Organização Social	27
3.6.	A participação do Poder Público no Conselho de Administração	29
3.7.	O contrato de gestão	32
3.8.	A Comissão de Acompanhamento e Avaliação	34
3.9.	A supervisão do contrato de gestão	36
3.10.	O controle interno e externo do contrato de gestão	40
3.11.	Regime jurídico da organização social	43
3.1.	Compras e contratações da OS	44
3.1.	2. Contratação de pessoal da OS	45
3.1.3	3. Gestão financeira e patrimonial da OS	45
3.12.	A cessão de servidor para a organização social	47
3.13.	A desqualificação de organização social	48
3.14.	As especificidades do modelo de organizações sociais	49
3.15.	Organizações sociais qualificadas pelo Governo Federal	50
3.16.	Qualificação de Organização social na área da saúde	53
Capítulo 4	4 Limites da publicização, conforme Lei nº 9.637, de 1998	54
4.1.	Impossibilidade de publicizar atividades privativas de estado	54
4.2. critério	O comando da Lei nº 9.637, de 1998 de regulamentação das os de publicização	diretrizes e

Capítulo	5 Participação de entidades civis sem fins lucrativos no âmbito do SUS	58
5.1.	A participação complementar segundo a Lei nº 8.080, de 1990	59
5.2. ativio	A impossibilidade da participação complementar do setor privado na ár lades e serviços privativos da saúde	
5.3.	A inserção da iniciativa privada no SUS, a título de participação compler 65	mentar
5.4. publi	Participação complementar das entidades civis sem fins lucrativos no cização na área da saúde	
Capítulo	6 Competências da União, no âmbito do SUS	73
6.1.	Competências da União, conforme a Lei nº 8.080, de 1990	73
6.2.	Competências do Ministério da Saúde, conforme a Lei nº 13.019, de 20	003 77
6.3.	Atividades e serviços de saúde publicizáveis, a cargo da União	78
Capítulo	o 7 O regulamento da Lei nº 9.637/1998	79
7.1.	Diretrizes à qualificação de Organizações sociais	80
7.2. com	Requisitos à habilitação da entidade civil sem fins lucrativos à qualif	-
7.3.	Qualificação e celebração de contrato de gestão	87
7.4.	Critérios de seleção da entidade a ser qualificada	88
7.5.	Vedação à qualificação de organizações sociais	89
7.6.	Requisitos adicionais exigidos para a qualificação como organização 90	social
7.7.	Processo de qualificação de OS	91
7.7	7.1 Quem qualifica	92
7.7	7.2 Etapas do processo	93
7.8.	Membros do Conselho de Administração da OS	94
7.9.	Celebração de contrato de gestão	95
7.10.	Supervisão e fiscalização do contrato de gestão	97
7.11.	Desqualificação	97
Capítulo	8 Minuta de decreto	98
DAS	DISPOSIÇÕES GERAIS	98
DA C	UALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL	99
DC	OS REQUISITOS EXIGIDOS DAS ENTIDADES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS	99
DA	PROPOSIÇÃO DA QUALIFICAÇÃO	102
	ONTRATO DE GESTÃO	
	ONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO	
	ISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO CONTRATO DE GESTÃO	
	OSIÇÕES FINAIS	
	sões	
וטוטוט	rafia	ттр

Apresentação

O presente documento apresenta o Produto II do Contrato de Serviços SCON2016-02568, celebrado entre a Organização Pan-Americana da Saúde e a autora, com data de entrega programada para setembro de 2016.

Na forma prevista no mencionado Contrato, o Produto II contém proposta comentada de regulamentação da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, sobre organizações sociais, para subsídio ao Ministério da Saúde quanto aos conteúdos específicos da aplicação desse modelo de parceria no âmbito das ações e serviços de saúde, considerando-se, especialmente, as disposições dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, reconhecida como a lei orgânica da Saúde.

Apesar de haver sido promulgada há mais de 18 anos, até o momento a Lei nº 9.637 não foi regulamentada, conforme exigido em seu art. 20. Com a recente interpretação dada ao Diploma Legal pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1923, o tema das organizações sociais voltou à pauta de prioridades do Governo Federal, notadamente em razão daquela Egrégia Corte haver se posicionamento a favor da constitucionalidade do modelo. Dispôs ainda o STF, no Acordão de 16 de abril de 2015, sobre a necessidade de o Poder Público observar os princípios do caput do art. 37 da Constituição no processo de qualificação da entidade, na celebração do contrato de gestão, na dispensa de licitação para contratações; na outorga de permissão de uso de bem público; no regulamento próprio de compras e na seleção de seu pessoal, nos termos

dos regulamentos próprios aprovados pela entidade; e no dever de prestar contas dos recursos públicos recebidos como fomento.

Em decorrência, passou a ser responsabilidade do Poder Executivo proceder, com urgência, a regulamentação da Lei nº 9.637, nos termos de seu art. 20, com o objetivo de estabelecer, dentre outros, os critérios para a qualificação das organizações sociais no âmbito do Governo Federal e seu processo administrativo, a negociação, gestão e controle dos contratos; as diretrizes para a prestação de contas do órgão ou entidade supervisora aos órgãos de controle sobre os resultados do contrato de gestão; e as diferenças jurídico-administrativas entre o modelo de organizações sociais e o modelo de organizações da sociedade civil instituído pela Lei nº 13.019, de 2014.

O presente documento apresenta recomendações quanto aos conteúdos relevantes a serem contemplados na regulamentação da Lei nº 9.637, de 1998, com foco nas necessidades de alinhamento do modelo às disposições constitucionais e legais que regulam as relações entre o Poder Público e as entidades civis sem fins lucrativos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

2.1. Contextualização

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 foi uma das medidas implementadas no âmbito da reforma administrativa realizada no Governo Federal no período de 1995 a 1999, cujos objetivos eram: (a) aumentar a governança do Estado; (b) limitar a sua atuação às funções que lhe são próprias; e (c) transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local¹.

A reforma orientava-se por um Plano Diretor que propunha estratégias articuladas de fortalecimento das atividades de direção superior da Administração Pública Federal, assim como das demais atividades privativas de estado²; e de desoneração da ação estatal direta no campo das atividades e serviços públicos não privativos³, especialmente os de natureza social; e das atividades estatais voltadas para o mercado.

Para o setor de atividades voltadas para o mercado, o Plano propunha a privatização; e para o setor de atividades e serviços não privativos, propunha a *publicização* da ação pública, ou seja, a absorção dessas atividades e serviços, normalmente voltadas ao provimento de benefícios sociais aos

¹ Conforme Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995.

² Atividades privativas de estado são aquelas que a Constituição e/ou a lei reservaram aos órgãos e entidades regidos integralmente pelo direito público por demandarem o uso de poderes de autoridade exclusivos de estado (regulação, fiscalização, sanção, tutela, dentre outros).

³ Atividades e serviços privativos são aqueles livres à atuação privada, por autorização constitucional ou legal.

cidadãos, por entidades civis sem fins lucrativos qualificadas pelo Poder Público como organizações socais .

De acordo om o Plano, a implementação de organizações sociais implicaria duas ações complementares: (a) a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais, que seriam extintas; e (b) a absorção dessas atividades por entidades privadas qualificadas como OS, mediante celebração de contrato de gestão4.

A estratégia de transferência das atividades estatais "publicizáveis " para o Terceiro Setor, garantido o fomento público, partia das seguintes premissas:

- a) reconhecimento do Terceiro Setor como um setor constituído por "associações civis sem fins lucrativos que não são de propriedade de nenhum individuo ou grupo e que estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público" (Cadernos Mare da Reforma do Estado, Volume 2, Organizações Sociais);
- ao se libertar das obrigações de execução direta de atividades e serviços voltados para o cidadão, o Governo poderia exercer sobre essas atividades um controle estratégico de cobrança dos resultados relacionados aos objetivos das políticas públicas, tendo no contrato de gestão o instrumento de regulação da atuação da OS;
- c) o modelo de OS tornava mais fácil e direto o controle social, visto que previa a participação de representantes dos diversos segmentos representativos da sociedade civil nos conselhos de administração;

⁴ Conforme Cadernos MARE da Reforma do Estado, Volume 2 – Organizações Sociais, Brasília – DF, 1998, pag. 17.

- d) o modelo de OS iria favorecer o financiamento, pela sociedade civil (constituidora da OS), das atividades públicas não estatais, especialmente por meio de doações;
- e) apesar de as organizações sociais, por estarem fora da Administração Pública indireta, gozarem de autonomia administrativa e financeira, seus dirigentes seriam chamados a assumir responsabilidades maiores, em conjunto coma sociedade, na gestão da instituição e na melhoria da eficiência e qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão a um menor custo;
- f) uma vez qualificada como OS, a entidade civil sem fins lucrativos estaria habilitada a receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos do Estado, obrigando-se, em contrapartida, a cumprir compromissos estabelecidos no contrato de gestão e, inclusive, de alcançar metas de desempenho relacionadas à qualidade e à efetividade dos serviços prestados ao público;
- g) a diferença fundamental entre o contrato de gestão e o convênio de transferência de recursos para o setor privado; visto que no contrato de gestão as vinculações mútuas seriam muito mais profundas e permanentes, porque as dotações que seriam transferidas às OS, por força do contrato de gestão, estariam destacadas no orçamento destinado ao seu órgão supervisor, no Orçamento Público da União, cabendo às mesmas um papel central na implementação das políticas sociais do Estado;
- h) a direção superior das OS seriam exercidas por um conselho de administração constituído majoritariamente por representantes do Poder Público e da Sociedade garantiriam um modelo de cogestão das atividades publicizadas; e

i) o controle da aplicação dos recursos públicos transferidos à OS, por parte do Poder Público, seria realizado dentro do modelo de controle por resultados, tendo como base o cumprimento dos compromissos estabelecidos no contrato de gestão e das metas de desempenho pactuadas com a entidade civil.

O modelo de parceria do Poder Público com as organizações socais foi instituído pelo Governo Federal, por meio da Lei nº 9.637/98, havendo sido, posteriormente, adotado por estados e municípios brasileiros, que promulgaram leis próprias de OS, com dispositivos convergentes e alguns divergentes do teor da lei federal⁵, com aplicação, especialmente, no campo da prestação de serviços de saúde. Hoje, o que se chama por "organização social" é, na verdade, um rol de modelos de parceria público-privada, distintos entre si, que para serem adequadamente compreendidos exigem a análise individualizada e detalhada do estatuto jurídico de cada um. Entre eles, de comum, há o fato de se tratarem de títulos públicos outorgados pelos Poderes Executivos dos Entes Federativos, por autorização dos seus respectivos Poderes Legislativos, a entidades civis sem fins lucrativos, mediante comprovação de cumprimento de requisitos estatutários, exigidos em lei, com o objetivo de com elas estabelecer parcerias, em geral de médio e longo prazo, para provimento de benefícios sociais à população.

2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5

Tão logo sancionada, a Lei nº 9.637, de 1998, teve sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, pelo Partido dos

⁵ Levantamento realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no período de 2008 a 2009, identificou 57 leis de OS no País, além da federal, sendo quinze estaduais e quarenta e duas municipais. De lá para cá, esse número já ampliou.

Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), na ADI N° 1.923-5, em especial no que se refere ao art. 20, 21, 22 e 23, que previram a possibilidade do Poder Público "publicizar" serviços públicos, ou seja, extinguir serviços públicos para transferir sua execução para as organizações sociais.

Foram, também, objeto de questionamento, o processo discricionário da seleção da organização social, pelo Governo Federal; a cessão de servidor público para a entidade, com ônus para a Administração Pública, presente o entendimento de que ao Poder Público não é facultado pôr à disposição de entidades privadas servidores públicos por ela custeados; a desobrigação da OS de licitar, em suas compras e contratações e de realizar concurso público para a contratação de seus empregados; dentre outros.

Em 2015, após dezessete anos de insegurança jurídica, o STF julgou a ADI e, na Ementa da decisão proferida em 16 de abril deste ano, firmou o entendimento de que o modelo de parceria e fomento com organizações sociais e a prática da "publicização" são constitucionais, tendo admitido a possiblidade de o Estado, eventualmente, extinguir órgãos ou entidades públicas e transferir recursos às OSs, por meio de contratos de gestão, para que elas executem atividades e serviços antes prestados diretamente.

Relativamente à publicização, o Ministro Fux ressaltou, em seu Voto-vista, que a publicização de que trata a lei não é uma imposição aos governos e sim uma possibilidade; e que não apenas a extinção de órgãos e entidades públicos representa uma publicização, mas também cada decisão gerencial de utilização do regime de fomento, visto que configura o afastamento da via de criação de órgãos e entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. Em suas palavras:

"o que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição" (Voto-vista do Ministro Luiz Fux na ADI nº 1923, de 1998, fls. 65).

A decisão da Suprema Corte a respeito das Organizações Sociais assentou, definitivamente, a natureza de direito privado da organização social, integrante do Terceiro Setor, que não se altera por força da celebração de contrato de gestão com o Poder Público. Sendo assim, ela não se sujeita ao regime administrativo que incide sobre os órgãos e entidades da administração direta e indireta, não estando obrigada a fazer licitação e concurso público. Seus empregados, sua gestão e seu patrimônio são privados.

"...a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio" (Voto-vista do Ministro Luiz Fux, na ADI 1923, de 1998, pag. 32).

No entanto, pelo fato de receberem do Poder Público, recursos, bens e servidores, a título de fomento, o STF entendeu que devam observar um regime jurídico minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Por essa razão, devem conduzir seus contratos de forma pública, objetiva e impessoal, nos termos de regulamento próprio editado pela entidade, conforme, inclusive, previsto no art. 4°, VIII, da Lei 9.637, de 1998; aplicando-se a mesma recomendação para o processo de seleção de seu pessoal.

Outra polêmica importante afastada, definitivamente, pelo STF foi a da incidência ou não das normas de licitação nos processos de qualificação das OSs e celebração dos contratos de gestão. A esse respeito, decidiu a Suprema Corte que não cabe falar de licitação, porquanto a qualificação configura um ato de credenciamento da entidade civil, sobre o qual não incide o dever constitucional de licitar. Contudo, o procedimento de qualificação deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal; especialmente no que se refere à discricionariedade dos Administradores Públicos em sua manifestação sobre a conveniência e a oportunidade da qualificação da OS (art. 2°, II da Lei n° 9.637, de 1998). Nesse caso, é forçoso que sejam observados os princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei n° 9.637/98.

Quanto à não incidência do dever de licitar na celebração do contrato de gestão, entenderam os Ministros, que não se pode confundir esse instrumento com o contrato administrativo. O objeto do contrato de gestão não é a compra de serviços no mercado, em ambiente de competição. Tratase de um ajuste em que as partes instituídas têm finalidades estatutárias convergentes, e visam ao alcance de objetivos comuns. O contrato estabelece as regras para o fomento e fixa as metas a serem alcançadas pela entidade parceira. Não obstante, e como todos os demais atos administrativos dos órgãos e entidades públicos, a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida por meio de um procedimento público, objetivo e impessoal que observe os princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, ainda que sem os rigores formais da licitação, na forma prevista na Lei nº 8.666, de 1993.

A mesma recomendação, quanto à publicidade, impessoalidade e objetividade, foi dada pelo Supremo, em relação às hipóteses de dispensa de

licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3°).

Finalmente, entenderam os Ministros do STF que nenhum dos dispositivos da Lei nº 9.637, de 1998 tendeu afastar o controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público acerca da aplicação dos recursos públicos, nem poderia fazê-lo porquanto o âmbito de competência desses órgãos é delimitado constitucionalmente. É preciso destacar, no entanto, que de forma coerente com a gestão privada da OS, esse controle deve se dar sobre o cumprimento dos termos do contrato de gestão e não sobre a gestão privada da entidade colaboradora.

O capítulo a seguir discorre sobre principais conteúdos da Lei nº 9.637, de 1998, conjugados aos entendimentos assentados pelo STF na decisão do julgamento da ADI Nº 1.923-5.

Capítulo 3 Principais disposições da Lei Federal das organizações socais

3.1. Conceito de organização social

Na forma da Lei nº 9.637, de 1998, organização social - OS é um título concedido pelo Poder Público a uma associação ou fundação privada, regida exclusivamente pelo Código Civil e instituída por particulares, para o estabelecimento de uma relação de parceria e fomento público na realização de atividade ou serviço de interesse público, de natureza continuada, por meio da celebração de um contrato de gestão.

A OS não é, portanto, uma nova figura jurídica e sim um modelo de cooperação de longo prazo entre o Poder Público e a sociedade civil organizada.

A respeito, dispõe o Caderno MARE nº 2 – Organizações Sociais (1998) que não é correto entender o modelo de organizações sociais como um simples convênio de transferência de recursos, visto que as vinculações mútuas entre o Poder Público e a entidade civil qualificada são mais profundas e permanentes, inclusive pela previsão legal da possibilidade da de serem transferidas à OS a execução de atividades e serviços antes realizados diretamente por órgão ou entidade da Administração Pública (publicização).

Aliás, é bom destacar que apesar de o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado vincular a qualificação de organizações sociais à *publicização*, ou seja, a extinção de órgãos e/ou entidades públicas e a transferências das

atividades e serviços públicos para a execução por entidades civis sem fins lucrativos, a Lei nº 9.637, de 1998 instituiu esse modelo de qualificação e parceria sem fazer a vinculação explícita à publicização como condição fundamental para a qualificação de OS.

Significa dizer que não necessariamente a qualificação de uma OS e a celebração de contrato de gestão tenha que ser acompanhada pela extinção de um órgão ou entidade pública. O modelo é independente e pode ser utilizado para ampliar a ação estatal em áreas nas quais o Poder Público julgue mais oportuno e conveniente a atuação por meio de parceria.

De fato, a menção à publicização é tratada tão somente nas disposições finais e transitórias, no art. 20, que dispõe que o Poder Executivo criará programa específico para utilizar o modelo de qualificação de OS para absorver atividades desenvolvidas por órgãos ou entidades públicas da União, nas áreas referidas no art. 1º - um dispositivo sintonizado com as diretrizes e estratégias contempladas no Plano Diretor da Reforma de 1995.

Sobre o conceito e a natureza jurídica da OS, vale a pena citar, aqui, trecho do Voto-Vista do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na Decisão da ADI Nº 1.923-5, de 2015: Entendeu o Ministro que as entidades civis sem fins lucrativos qualificadas pelo Poder Executivo Federal como OS, com base na Lei nº 9.637, de 1998, atuam por direito próprio – em razão de sua finalidade social estabelecida nos seus atos constitutivos; e não *por delegação do Poder Público*, uma vez que esse não delega a elas a competência de realizar serviços públicos (já que a delegação de competências públicas a particulares é inconstitucional, excetuadas as situações que a própria Constituição Federal autoriza). Na opinião do Membro da Egrégia Corte, "a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por

particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial" (STF - ADI nº 1.9123-5, de 2015, fls. 59).

Dispôs, ainda, o Ministro Fux que as parcerias entre o Poder Público e as organizações socais não ofendem aos deveres constitucionais da Administração Pública no campo da saúde, da educação, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico e da cultura, nos quais a titularidade é compartilhada entre o poder público e a sociedade. O instrumento de colaboração público-privada disciplinado pela Lei (contrato de gestão) é perfeitamente possível dentro da moldura constitucional de intervenção do estado no domínio econômico e social, tratando-se de uma intervenção indireta, por meio de fomento público (STF - ADI nº 1.9123-5, de 2015, fls. 33).

3.2. O Programa de Publicização

O art. 20 da Lei nº 9.637 de 1998 dispõe que o decreto criará o Programa Nacional de Publicização do Poder Executivo Federal que estabelecerá diretrizes e critérios para a qualificação de OS, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos ou entidades públicas da União, observadas as seguintes diretrizes:

- a) Ênfase no atendimento ao cidadão;
- b) Ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados;
- c) Controle social das ações de forma transparente.

Os arts. 21 e 22 da mencionada Lei tratam da extinção do Laboratório Nacional de Luz Sincontron e da Fundação Roquette Pinto e autoriza (por lei e não por decreto) a qualificação de duas OS para absorverem as atividades desempenhadas pelas entidade extintas.

O art. 22 dispõe que os servidores integrantes dos quadros das duas entidades extintas integrarão quadros em extinção, assegurados todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego, sendo facultado aos órgãos e entidades supervisoras, a seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que houver absorvido as atividades correspondentes.

O inciso VI do art. 22 autoriza à OS que tiver absorvido atividades realizadas por órgãos ou entidades extintas adotar os símbolos designativos desses seguidos da identificação "OS".

3.1.1. Posicionamento do STF sobre a publicização

Em sua decisão na ADI Nº 1.923-5, de 2015, o Supremo Tribunal Federal assentou importantes entendimentos a respeito do instituto da "publicização" previsto na Lei nº 9.637, de 1998 e tratado no Plano Diretor da Reforma do Estado e em diversos outros documentos produzidos pelo Governo Federal sobre a Reforma Administrativa de 1995.

O primeiro deles é o de que não há limites impostos pela Constituição Federal à atuação direta ou indireta do Poder Público nos setores livres à iniciativa privada, tais como a saúde e a educação; podendo os governos colocarem em prática projetos distintos de intervenção estatal, na forma autorizada pelos seus respectivos Poderes Legislativos.

O segundo entendimento importante é o de que há irrelevância temporal na opção do Poder Público pelo modelo de fomento, sendo perfeitamente possível, perante a Constituição, a decisão política do governo de extinguir órgãos ou entidades públicas para privilegiar a prestação de serviços à população por meio do fomento e parceria à atuação privada sem fins lucrativos.

Para o STF, a qualificação de OS não implica a renúncia aos deveres estatais de agir, posicionando-se o ato dentro da margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. O ato de *publicização* compreende tanto a eventual extinção de órgãos ou entidades públicas no processo de qualificação de OS e celebração de contrato de gestão quanto a não criação de outro órgão ou entidade para ampliação da intervenção direta do estado. A extinção pontual de entidades públicas apenas concretiza o modelo. Há indiferença do fator temporal – extinção ou não criação.

- "5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.
- 6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.
- 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional (programa de publicização) a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado."

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei." (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015- fls. 123 e 124).

Nos autos da ADI Nº 1.923-5, manifestou-se o Ministro Luiz Fux, autor do voto condutor da decisão da Suprema Corte, no sentido de que a Lei nº 9.637, de 1990 delega ao administrador a competência de fixar os critérios objetivos a serem observados na aplicação do instituto da publicização em cada caso:

Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios objetivos em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como um veículo para alcançar a concretização das diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento. (Trecho do voto-condutor do Ministro Luiz Fux, na ADI Nº 1.923-5 - STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fl.23).

Além disso, deve-se considerar que, no caso da publicização implicar a extinção de órgão ou entidade pública criada por lei ou mesmo a extinção de competências a eles legalmente atribuídas, é imprescindível que a medida seja previamente submetida à aprovação do Poder Legislativo competente, sob pena de configurar ilegalidade. Nesse caso, a decisão de publicizar não decorre apenas da decisão discricionária da Administração Pública, mas deve ser validada pelo Legislativo. É nesse sentido, inclusive, que dispõe a publicação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

(extinto) sobre as organizações sociais, ao discorrer sobre o processo de publicização:

"Na sua implantação e durante o seu pleno funcionamento, o novo modelo (da organização social) poderá ser avaliado com rigor e transparência, porque o Congresso nacional terá ativa participação em todo o processo. Assim, a qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congênere, integrante da administração pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta. Além disso, anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso" (Cadernos MARE n° 2 – Organizações Sociais, 1998, fls. 14).

STF - ADI 1923 / DF - Ementa

Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015

3.2. A habilitação ao título de organização social

Para se habilitar à qualificação como organização social a entidade civil deve atender aos requisitos estabelecidos nos arts. 2°, 3° e 4° da Lei n° 9.637, de 1998; os quais exigem a comprovação de que os seus atos constitutivos disponham:

a) que se trata de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, cujos fins sociais estão relacionados ao exercício de atividades dirigidas

- ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura ou à saúde;
- a) que seu órgão de direção superior tem de natureza colegiada e é constituído majoritariamente por representação do Poder Público e membros da comunidade e de uma diretoria, com composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na Lei;
- b) a sua renúncia ao próprio patrimônio em favor do Poder Público ou de outra OS, em caso de sua extinção ou de sua desqualificação como OS;
- a obrigatoriedade de publicar anualmente os relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão no Diário Oficial da União;
- d) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- e) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese.

3.3. A conveniência e oportunidade da qualificação

Uma vez atendidos os requisitos estabelecidos na Lei, a qualificação da entidade civil fica ainda condicionada à análise da conveniência e da oportunidade da medida pelo Ministro ou autoridade titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social; assim como do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Essa análise e aprovação dos titulares das duas pastas ministeriais é fundamental, visto que a qualificação de organizações sociais deve ser aprovada apenas no caso de o órgão supervisor ter interesse e necessidade de estabelecer a parceria para alcançar maior eficácia e/ou eficiência na implantação da política pública sob sua responsabilidade.

Por isso, a análise da conveniência e da oportunidade da qualificação, pelas autoridades públicas acima mencionadas deve considerar se há justificativas de que a celebração da parceria irá melhor atender ao interesse público do que o investimento na realização direta das atividades e serviços por órgão ou entidade público. Além disso, deve ser avaliado se a entidade habilitada (pelo atendimento aos requisitos estabelecidos na Lei) atende a requisitos adicionais relacionados ao setor em que atuam e aos serviços e atividades que o Poder Público deseja fomentar.

Importante ressaltar que a competência discricionária do Poder Público na avaliação e decisão quanto à conveniência e à oportunidade da qualificação de uma OS deve ser exercida à luz de critérios objetivos, observados os princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, inexistindo permissivo à arbitrariedade. Essa, inclusive, é a recomendação do STF, exarada na decisão da ADI Nº 1.923-5, de 2015.

"11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo" (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 5)

Outro aspecto importante do processo de qualificação de OS é que somente há qualificação de uma entidade civil se o Poder Público, efetivamente, for celebrar com ela um contrato de gestão para fomento às suas atividades, diferentemente de outros modelos de qualificação de entidades civis em que a qualificação ocorre como um pré-credenciamento para futuras parcerias.

A OS é qualificada diretamente pelo chefe do Poder Executivo, a quem deve ser submetida a proposta de qualificação da OS, devidamente acompanhada das justificativas dos dois ministros de estado signatários do porquê da escolha do fomento e da parceria com entidade civil para complementar a atuação da Administração Pública.

A exclusividade do Chefe do Poder Executivo, em decidir se é ou não oportuno e conveniente qualificar uma OS, decorre do fato de que a parceria público-privada será de longo prazo, por envolver a execução de atividades ou prestação de serviços sociais de interesse público, de caráter complementar, normalmente dirigidos à coletividade, que requerem oferta contínua e ininterrupta.

Note-se que a Lei nº 9.637, de 1998, não impôs critérios para a eleição das entidades a serem qualificadas como OS, remetendo a sua definição ao regulamento do Poder Executivo, inclusive como forma de garantir a sua adequação às especificidades de cada situação concreta. Valorizou, assim, a a discricionariedade do gestor público, legitimando-a como o espaço de identificação das alternativas e soluções que melhor possam atender ao interesse público, frente às múltiplas realidades que se apresentam à Administração.

É evidente que esse exercício de poder discricionário da Administração Pública não representa um espaço à margem da lei. Por força constitucional, todo ato do administrador submete-se inexoravelmente aos princípios fundamentais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Assim, é essencial que a proposição de qualificação de entidade civil como OS deixe claros e transparentes os critérios de eleição utilizados pelo Ministério propositor, assim como as razões que justifiquem o estabelecimento da parceria e o fomento de longo

prazo e o porquê de a parceria ser mais conveniente do que a execução direta do serviço ou atividade pelo Poder Público.

3.4. Inaplicabilidade da licitação ao processo de qualificação de OS

Na qualificação de entidade civil sem fins lucrativos como OS, inexiste violação ao dever constitucional de licitar, porquanto o processo de qualificação é uma hipótese de credenciamento. Esse é, inclusive, o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI Nº 1.923-5, de 2015, conforme trecho da decisão, abaixo transcrito:

"9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "organização social", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente. " (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015, fls.5).

3.5. O Conselho de Administração da Organização Social

O Conselho de Administração da OS é seu órgão de direção superior, responsável privativamente pelas atribuições de o âmbito de atuação da entidade; aprovar e dispor sobre a alteração dos seus estatutos; aprovar o

seu regimento interno e os regulamentos da entidade; aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade; designar e dispensar os membros da diretoria e fixar a sua remuneração; aprovar os relatórios gerenciais e de atividades da entidade e fiscalizar o cumprimento das suas diretrizes e metas, bem como aprovar os seus demonstrativos financeiros e contábeis e as contas da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

O Conselho é constituído por representantes: (a) do Poder Público definidos no estatuto da OS; (b) de entidades da sociedade civil definidas nos estatutos; e (c) dos associados, eleitos dentre seus membros; e por pessoas eleitas dentre as demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

Mais de 50% dos conselheiros devem ser representantes do Poder Público e de entidades da sociedade civil.

Todos os conselheiros devem ser designados para mandato de 4 anos, permitida uma recondução.

O Conselho deve se reunir ordinariamente, no mínimo 3 vezes ao ano e extraordinariamente a qualquer tempo, sendo que o presidente da OS deverá participar dessas reuniões, sem direito a voto.

Os conselheiros não são remunerados, podendo, apenas, receber ajuda de custo por reunião da qual participem.

Não é possível acumular as funções de conselheiro e de membro da diretoria da OS.

Destaque-se que a participação do Poder Público no Conselho de Administração da OS foi analisada na ADI Nº 1.923-5 pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que não haver violação ao art. 5, inciso XVII e XVIII da Constituição, visto que está condicionada à adesão voluntária da entidade.

"19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5°, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor." (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 7)

3.6. A participação do Poder Público no Conselho de Administração

A participação do Poder Público no Conselho de Administração da organização social garante que ele possa "velar" o título concedido à entidade civil, especialmente quanto ao alinhamento de suas estratégias e atividades ao seu fim social; à sua finalidade não lucrativa; ao cumprimento dos objetivos do contrato de gestão; e à aplicação de seus recursos integralmente para a consecução do seu fim social.

Dá-se, portanto, uma espécie de "cogestão", onde o Poder Publico e representações de segmentos da sociedade civil, especialmente os impactados pela ação da OS, compartilham com os demais administradores da entidade os poderes de decisão superior. Incumbe ao Conselho de Administração, privativamente, dentre outras atribuições, aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; aprovar os relatórios gerenciais e de atividades da entidade e encaminhar ao Poder Público; fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com auxílio de auditoria externa (Lei nº 9.637, de 1998, art. 4º, II, IX e X). A obrigação de dar transparência aos resultados da organização social dá transparência à sua atuação e constitui, também, fator contributivo para a promoção do controle social.

Note-se que, embora a participação estatal no Conselho de Administração não seja majoritária, essa participação somada à representação dos segmentos sociais impactados o é, o que significa que, para ser qualificada como organização social, a entidade civil sem fins lucrativos abre mão da própria governança em favor deles.

É esse Conselho de Administração da OS, com maioria de conselheiros representantes do Poder Público e da sociedade civil, que fixa o âmbito de atuação da OS; aprova a proposta de contrato de gestão que essa celebrará com o Poder Público; a sua proposta orçamentária e programa de investimentos; designa e dispensa os membros da diretoria; fixa a remuneração da diretoria; aprova e dispõe sobre eventuais alterações dos estatutos ou a extinção da entidade; aprova o seu regimento interno; e regulamentos próprios de contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos seus empregados. Além disso, dentre outras atividades, esse Conselho é responsável pela fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas para a entidade e pela aprovação dos seus demonstrativos financeiros e contábeis e contas anuais, devendo contar com auxílio de uma auditoria externa.

O papel dos representantes do Poder Público no Conselho de Administração da OS é, portanto, de fundamental importância porquanto a eles incumbe assegurar que a entidade parceira tenha uma gestão interna saudável, voltada, efetivamente, para o cumprimento de suas finalidades sociais.

Para tanto, esses representantes devem ser orientados e apoiados pelo órgão ou entidade pública responsável pela proposição da qualificação e supervisão do contrato de gestão.

Um ponto importante, nesse sentido, é a orientação do órgão supervisor a seus representantes no Conselho da OS no sentido de propor a incorporação, no plano de auditoria externa contratada, as questões consideradas

relevantes para a avaliação desses auditores, que deverão ser respondidas em seu relatório, em especial aquelas relativas às obrigações de natureza financeira da entidade, constantes do contrato de gestão e outras previstas na Lei nº 9.637, de 1998. Dentre outros aspectos que devem ser acompanhados e constar dos relatórios da entidade e da auditoria independente, estão os limites de gastos com remuneração e outras vantagens de qualquer natureza pagos a dirigentes e empregados (inciso II, art. 7º), bem como a relação de todos os pagamentos efetuados a dirigentes, assessores e conselheiros, para fins de acompanhamento da evolução de sua situação patrimonial (evidências de enriquecimento ilícito, art. 10 da mencionada lei).

Outro aspecto a ser considerado pelo órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão com a OS é o de buscar encaminhar proposições, no âmbito das negociações do contrato de gestão, para que as entidades qualificadas como organizações sociais incorporem aos estatutos sociais a figura do Conselho Fiscal, composto por representantes dos associados, com a finalidade de assessorar o Conselho de Administração no acompanhamento da gestão contábil e financeira, o qual deverá também e, independentemente da auditoria externa, efetuar uma análise das contas da entidade, com emissão de parecer conclusivo, previamente à sua análise e aprovação pelo Conselho.

Não existe obrigatoriedade legal para a existência do Conselho Fiscal, mas ele é muito útil para a ampliação do controle social sobre a gestão da entidade.

Os representantes do Poder Público no Conselho de Administração de entidade qualificada como organização social deverão se assessorar, sempre que necessário, de técnicos especializados no processo de análise e aprovação do relatório de execução do contrato de gestão, dos

demonstrativos de resultados financeiros e do balanço patrimonial da entidade, dada a competência do Conselho de Administração e sua responsabilidade como representantes do Poder Público (Lei nº 9.637, de 1998, inciso X do art. 4º).

A composição do conselho deve observar os seguintes critérios (art.3º da Lei):

- a) 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- b) 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
- c) Até 10%, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
- d) 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, e
- e) Até 10% de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

3.7. O contrato de gestão

O contrato de gestão é o ajuste celebrado entre a organização social e o órgão ou entidade responsável pela política pública correspondente às atividades a serem fomentadas (que, inclusive, deve ter sido o proponente da qualificação ao Presidente da República), quer irá exercer as funções de supervisor do contrato. O contrato deve ser firmado tão logo qualificada a

entidade seja qualificada como OS⁶ visto que, conforme art. 5º da Lei nº 9.637, de 1998, é ele que formaliza a parceria, dispondo as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes (art. 6º da lei); as metas de desempenho e resultados a serem alcançados pela OS, assim como a previsão do montante de recursos públicos necessários ao cumprimento do contrato que serão transferidos para a entidade, a título de fomento.

Importante destacar que <u>a organização social não recebe recursos públicos</u> <u>orçamentários e sim recursos financeiros a título de fomento</u> (por transferência). O fomento não é pagamento por serviços, mas recursos destinados à entidade parceira para <u>promover</u> a sua atividade-fim, devendo essa, em contrapartida, alcançar as metas estabelecidas, de comum acordo, com o Poder Público, observadas as condições estabelecidas no contrato.

A execução do contrato de gestão é avaliada e fiscalizada pelo órgão supervisor, a quem a entidade parceira deve prestar contas dos resultados alcançados.

A Lei nº 9.637, de 1998 não prevê que o contrato de gestão tenha vigência, assim como condições de renovação, uma vez que ele deve viger enquanto viger a qualificação da organização social, por prazo indeterminado, devendo seu plano ou programa de trabalho ser repactuado entre os signatários, periodicamente para atualização das metas e dos valores do fomento.

A respeito do contrato de gestão, entendeu o STF, na decisão da ADI nº 1923-5, de 2015 que ele tem natureza de convênio e que sua celebração deve,

⁶ O Caderno MARE nº 2 – Organizações Sociais (1998) define contrato de gestão como um compromisso institucional firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade não-estatal, a ser qualificada como organização social e destaca que esse é o instrumento-chave que regula o relacionamento entre ministérios e entidades não estatais executoras de atividades sob sua supervisão (fls. 36).

34

necessariamente, ser submetida a procedimento objetivo e impessoal, conforme abaixo:

- "12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.
- 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput)." ((STF Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 5 e 6)

A Lei nº 9.678, de 1998 alterou o art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993 para estabelecer que é dispensável ao Poder Público realizar licitação para celebrar contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão ⁷. Essa dispensa foi considerada constitucional pelo STF, na Decisão da ADI Nº 1.923-5,

3.8. A Comissão de Acompanhamento e Avaliação

A Lei nº 9.637, de 1998, prevê que a autoridade supervisora poderá constituir comissão de especialistas, para apoiar o processo de fiscalização do contrato

 $^{^{7}}$ Esse dispositivo foi considerado constitucional pelo STF, conforme Emenda do julgamento da ADI N° 1.923-5.

de gestão. A esses especialistas, de notória capacidade e adequada qualificação, incumbirão as atribuições de analisar os resultados alcançados com a execução do acordo e encaminhar, à autoridade supervisora do contrato, relatório com avaliação conclusiva (art. 8°, §§ 2° e 3°).

Pela natureza de sua composição, a comissão constitui instância eminentemente técnica e suas competências circunscrevem-se aos termos do contrato, ou seja, de análise dos resultados alcançados pela entidade, à luz dos termos pactuados e de pronunciamento conclusivo sobre o desempenho apurado.

A capacidade e a qualificação de seus membros é determinada pela autoridade supervisora, responsável pelas designações. Por essa razão, as comissões de acompanhamento e avaliação de contratos de gestão instituídas no âmbito do Governo Federal têm composição interdisciplinar, com participação inclusive de técnicos de órgãos e entidades do Poder Público com interveniência no contrato, assim como de peritos externos, oriundos de outros órgãos, do meio acadêmico ou, ainda, do setor privado.

O papel da comissão é subsidiar, em nível técnico, a autoridade supervisora na fiscalização do contrato de gestão do qual é signatária. Nesse caso, o critério de interdisciplinaridade na constituição da comissão tem sido fundamental para assegurar a cobertura das diversas áreas de conhecimento requeridas em experiências de gestão por resultados, assim como para assegurar autonomia de atuação à instância avaliativa. O fato de haver membros sem vínculo hierárquico com a autoridade supervisora do contrato dá à comissão maior independência na sua avaliação técnica.

Cumpre à comissão avaliar os resultados alcançados na execução do contrato de gestão pela organização social (§ 2°, art. 8°) e elaborar parecer conclusivo sobre o alcance das metas pactuadas (§ 3°, art. 8°). A comissão de acompanhamento e avaliação deve seguir fielmente a sistemática de

avaliação pactuada pelas partes no contrato de gestão e os indicadores de qualidade e produtividade nele estabelecidos.

3.9. A supervisão do contrato de gestão

A Lei estabelece que o contrato de gestão será supervisionado ou fiscalizado pelo órgão ou entidade do Poder Executivo que firmá-lo na condição de signatário. Os procedimentos básicos de supervisão estão disciplinados nos artigos da Seção IV da Lei nº 9.637, de 1998. Além disso, os signatários do contrato, de comum acordo, podem estabelecer procedimentos adicionais a serem aplicados no processo de supervisão e fiscalização, em cláusulas contratuais específicas.

As competências relativas à supervisão ou fiscalização do contrato de gestão compreendem a avaliação da execução dos compromissos contratuais, especialmente no que se refere ao cumprimento das metas negociadas com a organização social e a análise da sua prestação de contas, relativa ao exercício financeiro. Nesse sentido, dispõe o § 1º do art. 8º da lei:

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

O objeto da fiscalização do Poder Executivo não é a gestão administrativa e financeira da OS e sim o cumprimento das obrigações e o alcance das metas de desempenho negociadas no contrato, particularmente quanto ao atingimento dos resultados esperados da parceria.

A supervisão ou fiscalização do contrato de gestão, pelo Poder Executivo, implica a assunção, pela autoridade maior do órgão ou entidade signatário,

da responsabilidade, indelegável, de conduzir o processo de negociação dos termos do contrato de gestão que será celebrado com a OS e de sua revisão ou renovação. Nesse processo, é fundamental que a autoridade do órgão ou entidade supervisora avalie a situação financeira da entidade parceira, com base nos demonstrativos de resultados financeiros e do balanço patrimonial, incluídos eventuais excedentes financeiros inscritos no patrimônio líquido, bem como dos relatórios de execução do contrato de gestão. Essa avaliação deve ser realizada, no mínimo, anualmente, mas pode ser feita sempre que os dirigentes públicos responsáveis pelas negociações do contrato julgarem pertinente.

A verificação da boa saúde financeira da OS é uma informação prévia de alta relevância à aprovação de termos aditivos ou de renovação do contrato para novo período, porque balizará a definição de novas metas e valores de fomento, viabilizando que o montante de recursos públicos transferidos à entidade parceira correspondam às suas reais necessidades para alcançar as metas estabelecidas pelo Poder Público e obter os resultados pactuados no contrato de gestão.

É bom lembrar que a relação que se estabelece entre o Poder Público e uma organização social não é a de compra de serviços públicos e sim de cooperação público-privada na viabilização de atividades ou serviços de interesse público. Dessa forma, os valores transferidos à entidade privada, a título de fomento, deverão ser calculados com base na projeção dos custos de execução das atividades e dos serviços e na capacidade operacional e financeira da OS de contribuir para a sua consecução. É muito importante que a OS também empregue recursos próprios no alcance das metas negociadas com o Poder Público porque, afinal, essas metas referem-se a atividades inerentes às suas finalidades estatutárias, de natureza social e não lucrativa.

Dada a complexidade dessa análise, é sempre recomendável que a autoridade do órgão ou entidade pública supervisora possa se assessorar de pessoal técnico qualificado, sempre que necessário.

Para facilitar o acesso do órgão ou entidade pública supervisora às informações sobre a gestão financeira e contábil da OS, é recomendável que a autoridade pública procure negociar com a entidade a inclusão de dispositivo específico no contrato de gestão que obrigue os seus dirigentes a apresentar, anualmente, ao Poder Público, em prazo definido, cópia das declarações do Imposto de Renda com o objetivo de acompanhar a evolução do seu patrimônio. Essa providência poderá contribuir para a verificação da existência de evidências de enriquecimento ilícito de que trata o art. 10 da Lei nº 9.637, de 1998.

A autoridade supervisora é responsável pela avaliação da prestação de contas da organização social, realizada diretamente ao órgão ou entidade supervisora, por meio da apresentação de relatório comparativo das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de relatório financeiro com o seu balanço anual.

Nesse processo, cumpre ao supervisor do contrato constatar se houve a efetiva realização das atividades e serviços pactuados em contrapartida aos recursos públicos a ela transferidos, nos padrões de qualidade estabelecidos e verificar as condições financeiras da organização social que atestam a sua capacidade de manter-se na qualidade de colaboradora do setor público.

O nível de eficiência da organização social no cumprimento de seus compromissos com o Poder Público é informação de alta relevância para subsidiar o processo de negociação das metas para o exercício seguinte e, especialmente, do montante de recursos a serem transferidos.

Se, no processo de supervisão do contrato de gestão ou ainda, durante a participação de membros do Poder Público no Conselho de Administração

da OS, forem constatadas irregularidades ou ilegalidades praticadas pela organização social na execução dos seus compromissos no âmbito do contrato de gestão, o órgão ou entidade supervisora deverá adotar as providências cabíveis junto à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público (arts. 9° e 10) e/ou conduzir o processo de desqualificação da entidade (art. 16).

Caso a constatação de irregularidades ou ilegalidades, detectadas durante as análises das contas, ou a qualquer momento, esteja relacionada, especificamente, à utilização de recursos de origem pública pela organização social, estas deverão ser comunicadas ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.637, de 1998. Os dirigentes que negociam os termos do contrato de gestão, bem como, os técnicos que os assessoram nas suas funções, em especial nas análises das contas da entidade e relatórios de execução do contrato, são os responsáveis, no órgão supervisor, pelo encaminhamento de eventuais denúncias.

Após recebimento do relatório de execução do contrato de gestão e da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, elaborado pela entidade qualificada como organização social e aprovada pelo Conselho de Administração, assim como do relatório de avaliação da Comissão de Acompanhamento e Avaliação, a autoridade pública responsável pelo acompanhamento e supervisão da execução do contrato de gestão do órgão supervisor deverá elaborar parecer sobre a sua execução no exercício avaliado, bem como sobre a regularidade da aplicação dos recursos pela organização social. A ênfase no parecer deverá ser dada ao cumprimento das metas pactuadas.

No aspecto financeiro deverá ser observada a aplicação dos recursos exclusivamente na sua área de atuação (alínea a do inciso I do art. 2º da Lei nº 9.637, de 1998), conforme definido no decreto de qualificação, nas

orientações estratégicas, objetivos e metas do contrato de gestão, o investimento de eventuais excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades (alínea b do inciso I do art. 2°) e a observância dos limites de gastos com remuneração de dirigentes e empregados. O referido parecer será o fundamento para o despacho final do Ministro de Estado supervisor sobre a execução do contrato no período avaliado.

Importante registrar que as atividades de supervisão não se confundem com aquelas desempenhadas pela comissão de avaliação. É à autoridade supervisora que incumbe negociar os termos do acordo e fiscalizar o seu cumprimento e, ainda, de agir nos casos de irregularidades ou ilegalidades objetivamente constatadas implicam o uso do poder de polícia do Estado, competências que são indelegáveis a instância técnica que pode, inclusive, ser composta de pessoas externas ao órgão ou entidade, como é o caso da Comissão de Acompanhamento e Avaliação.

Aliás, é bom destacar que a análise do balanço financeiro da entidade não é matéria atinente a esta comissão, visto tratar-se de subsídio à autoridade signatária para a negociação de compromissos e recursos nos próximos exercícios, podendo servir, ainda, como fonte de informação para a constatação de irregularidades e ilegalidades na execução do contrato.

3.10. O controle interno e externo do contrato de gestão

A gestão da OS não é objeto de fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo e do Tribunal de Contas. Nesse sentido, há decisão assentada do Tribunal de Contas da União – TCU de que a essas entidades, na qualidade de instituições privadas beneficiárias de transferência de recursos federais por força do contrato de gestão, aplica-se tão somente o

controle primário da administração, ou seja, do órgão ou entidade supervisora do contrato, no uso desses recursos, conforme Acórdão n. 1.952, de 2007 – Plenário do TCU e Decisão Normativa TCU n. 85, de 2007, complementada pela Portaria n. 1.950, de 2007, da Corregedoria Geral da União. É relevante registrar trecho da sustentação do Ministro Relator, Ubiratan Aquiar, no processo que resultou no mencionado acórdão:

"No tocante às entidades de Direito Privado que tenham celebrado contrato de gestão, esta Secretaria propõe a não obrigatoriedade de prestação de contas, tendo em vista que os órgãos governamentais contratantes (supervisores) dessas entidades já devem, por disposição legal, supervisioná-las, acompanhá-las e avaliá-las".

Em acordo com os arts. 71, VI, e 74, II, da Constituição Federal, a fiscalização da autoridade supervisora recai sobre os resultados da aplicação dos recursos públicos transferidos à entidade e não sobre sua gestão interna, ou seja, sobre seus procedimentos, rotinas e sistemas administrativos, financeiros e contábeis, inclusive no que concerne à forma de contabilização e aplicação de eventuais excedentes financeiros, oriundos ou não do contrato de gestão.

A prestação de contas da organização social, de que trata o § 1º do art. 8º da Lei nº 9.637, de 1998, refere-se a esse controle primário da autoridade supervisora, conforme Decisão n. 592/98 do TCU, que as reconhece como entidades não jurisdicionadas pela sua ação de controle externo. O Parecer do Ministro Benjamin Zylmer do E. Tribunal de Contas da União que fundamentou a Decisão n. 592/98 daquele tribunal dispõe sobre o processo de avaliação da execução dos contratos de gestão de organizações sociais e análise da prestação de contas da entidade relativa ao exercício financeiro:

"(...)

6. A concepção das Organizações Sociais apresenta-se indissociável da ideia de controle de resultados, porquanto vinculadas a um regime normativo que lhes impõe maiores restrições e amplia o espectro de controle do Estado, se

comparado ao atual regime jurídico aplicável às entidades privadas de utilidade pública.

- 7. Nessa ordem de ideias, é forçoso convir que o mero deslocamento de atividades ou serviços, dos órgãos ou entidades da administração federal para as OS, promove, por si só, um ambiente de competição regulado pelo Estado que estimula o controle social, exercido pelo cidadão-consumidor, sobre a oferta de bens e serviços de interesse coletivo custeada pelo Estado e promove a melhoria da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços de interesse público.
- 8. Paralelamente, outro controle social se faz sentir na administração das OSs, em razão da composição pluralista e da obrigatoriedade de renovação dos membros do conselho de administração, que equilibram eventuais interesses corporativos que possam sobressair". (Tribunal de Contas da União Decisão nº 592/98 Parecer do Ministro Benjamim Zylmer)

As organizações sociais sujeitam-se, também, a controles externos de resultados, periódicos e *a posteriori*, tendo por fim a verificação do cumprimento do contrato de gestão. No caso das organizações sociais, esse controle é exercido pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

A proibição à intervenção estatal no funcionamento das entidades civis associativas é cláusula pétrea da Constituição Federal. Pode a Administração Pública intervir e controlar apenas os aspectos negociados e aceitos pela entidade civil, consignados no contrato de gestão.

O STF entende que há incidência dos controles do Ministério Público e do Tribunal de Contas sobre as relações de fomento e parceria estabelecidas entre o Poder Público e a OS; preservado o âmbito constitucionalmente definido para o exercício do controle externo (CF, arts. 70, 71, 74 e 127 e seguintes).

STF – ADI Nº 1.923-5/2015 - Trecho da Ementa da decisão:

O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4°, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas

3.11. Regime jurídico da organização social

A entidade civil qualificada como organização social não perde sua natureza privada. Rege-se integralmente pelo Código Civil e observa as disposições da Lei nº 9.637, de 1998, enquanto mantém a relação de parceria com o Poder Público. Embora atue muito próxima à Administração Pública não se confunde com ela.

Importante destacar que a Lei não impõem à organização social regras de Direito Público nem tampouco se pode a ela delegar competências e responsabilidades públicas. A Lei, na verdade, é dirigida ao gestor público que tem a responsabilidade de incluir nos termos do contrato de gestão, a ser celebrado com a entidade civil, os controles públicos requeridos à relação de parceria, tais como:

- b) observância de regulamento próprio, aprovado pelo Conselho de Administração, para contratação de obras e serviços e compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (art. 17);
- c) estipulação de um plano próprio de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade, aprovado pelo Conselho de Administração (art. 4°, VIII); e
- d) prestação de contas ao Poder Público dos resultados do contrato de gestão e a disponibilização dos demonstrativos financeiros e contábeis da entidade.

3.1.1. Compras e contratações da OS

Por ser uma entidade privada, não integrante da administração pública indireta do Poder Executivo, os contratos com terceiros da OS não se submetem à licitação, embora nesses casos, deva ser observado o "núcleo essencial" dos princípios da administração pública estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, por meio da publicação, pela OS, de regulamento próprio para contratações, conforme disposto na Lei nº 9.637, de 1998 e ressaltado pelo STF, na decisão da ADI Nº 1.923-5, de 2015.

"14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos." (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 5 e 6).

3.1.2. Contratação de pessoal da OS

Na mesma linha, a OS não se obriga à realização de concurso público para a contratação de seu pessoal. Esse entendimento foi ratificado pelo STF, na decisão da ADI nº 1923-5, de 2015:

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 6)

3.1.3. Gestão financeira e patrimonial da OS

Na qualidade de entidade civil de Direito Privado, criada por particulares, a organização social é regida pela legislação civil, não incidindo sobre ela a legislação e as normas aplicáveis aos órgãos e entidades públicos, relativas à gestão orçamentária, financeira e patrimonial. Note-se que a Lei nº 9.637, de 1998, nada determina quanto à gestão interna da entidade, inclusive no que se refere à forma de contabilização dos recursos de fomento.

A apresentação dos relatórios financeiros e do balanço patrimonial à autoridade supervisora visa permitir que o órgão ou entidade responsável pelo fomento possa acompanhar os resultados da gestão da entidade colaboradora e constatar sua "saúde financeira" e eficiência operacional. A posse dessas informações é essencial para que a autoridade supervisora possa renegociar metas e montante de recursos a serem transferidos a título de fomento, para os exercícios seguintes. Não se trata, pois, de fiscalizar a gestão administrativa, financeira e contábil da organização social, mas da obtenção de informações de alta relevância para garantir a capacidade do

Poder Público de avaliar a qualidade da parceria estabelecida e de redefinir suas bases.

Por força do estatuto social, a organização social obriga-se a aplicar os excedentes financeiros, advindos ou não do contrato de gestão, no desenvolvimento das atividades concernentes à natureza social. Portanto, toda e qualquer ação da entidade qualificada como organização social, com ou sem fomento do Poder Público, deve ser aplicada em atividades sociais, sem fins lucrativos, conforme disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.637, de 1998. A participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração da entidade privada é garantia de que ela não se desvirtue da sua missão estatutária, sob pena de desqualificação.

O patrimônio da organização social é privado e não se confunde com o patrimônio público cujo uso lhe for, porventura, autorizado, por força do art. 12 da Lei nº 9.637, de 1998, e das cláusulas do contrato de gestão que firmar com o Poder Público. Usufrui sobre o seu patrimônio de todos os direitos de propriedade. No entanto, e por força dos requisitos impostos pela lei federal para sua qualificação como organização social, a entidade civil sem fins lucrativos deve ter oficializada, nos atos constitutivos, a renúncia ao seu patrimônio, no caso de extinção ou desqualificação, em favor de outra organização social, conforme art. 2°, l, i, da Lei nº 9.637.

Quanto ao uso de bens públicos, a permissão de uso e as condições em que essa permissão são estabelecidas no contrato de gestão firmado com o Poder Público.

3.12. A cessão de servidor para a organização social

O art. 14 da Lei nº 9.637, de 1998 autoriza o Poder Público ceder servidores às OS, em caráter especial, com ônus para a origem. Nesse caso, o servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na OS.

A OS não poderá pagar vantagem pecuniária permanente ao servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria. Nesse caso, essas vantagens não serão incorporadas aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido.

Poderá ser adicionada à OS aos valores transferidos à OS por força do contrato de gestão, os valores destinados à compensação de desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela O STF posicionou-se no sentido de que o fato de serem cedidos para a OS não viola os direitos constitucionais dos servidores públicos, sendo-lhes preservados o regime remuneratório de origem. O pagamento de verbas a servidores públicos por entidades privadas não se submete ao princípio da legalidade (CF, art. 37, X e art. 169, §1°).

STF – ADI Nº 1.923-5/2015 - Trecho da Ementa da decisão:

"15. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo." (STF - Inteiro Teor do Acórdão da ADI nº 1923-5, de 2015 fls. 7)

3.13. A desqualificação de organização social

O art. 16 da Lei nº 9.637 autoriza o Poder Executivo a desqualificar uma OS quando constatar o descumprimento dos termos da parceria previstos no contrato de gestão. Nesse caso, a desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa à entidade, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

A desqualificação importa reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Além disso, é bom lembrar que, para ser qualificada como OS, a entidade civil sem fins lucrativos deve ter aberto mão de parte de suas prerrogativas de entidade civil sem fins lucrativos, inclusive no que se refere ao seu patrimônio. Assim, por disposição estatutária (exigida para a qualificação), a desqualificação implica a incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados8.

⁸ O patrimônio das associações civis, em caso de extinção, revertem aos seus instituidores enquanto o das fundações civis é destinado a outra fundação civil que atue na mesma área.

3.14. As especificidades do modelo de organizações sociais

As características *sui generis* dos requisitos exigidos para a qualificação da OS, diferencia esse modelo de outras formas de cooperação estadosociedade existentes no ordenamento jurídico nacional; a exemplo das parcerias das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos – oscips (regidas pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999); dos termos de fomento ou de colaboração celebrados com organizações da sociedade civil, ao amparo da Lei nº 13.019, de 2014; ou mesmo dos tradicionais convênios celebrados com entidades filantrópicas.

De fato, em nenhuma outra forma de parceria público-privada existente no ordenamento nacional exige-se da entidade privada parceira a renúncia ao próprio patrimônio, no caso de extinção ou de desqualificação. Também não é comum a lei exigir, para a qualificação da entidade parceira que seus atos constitutivos prevejam a participação do Poder Público no órgão de decisão superior da OS, na qualidade de *membro* nato, configurando-se um regime de co-gestão.

Outra especificidade do modelo OS é que a habilitação da entidade civil ao título de OS, mediante o atendimento aos requisitos estatutários e previstos nos arts. 2°, 3° e 4° da Lei, não é suficiente para a sua qualificação. É preciso que o Poder Público justifique a oportunidade e a conveniência dessa qualificação e consequente celebração do contrato de gestão, até porque não poderá rescindir sua relação com a OS, salvo se houver o descumprimento por uma das partes dos compromissos estabelecidos no contrato (art. 16 da Le nº 9.637).

Todas essas especificidades levam à constatação tratar-se de uma parceria de longo prazo, embora o texto legal não o diga explicitamente.

Os aspectos essenciais do contrato de gestão celebrados com OS também ratificam esse entendimento:

- Não há previsão de término da vigência ou renovação do contrato, visto que a parceria é contínua e ininterrupta;
- Os valores do fomento para a OS devem ser previstos, de forma destacada, no orçamento do órgão ou entidade supervisora, na Lei Orçamentária Anual, de forma destacada
- c) a previsão da entidade qualificada apresentar ao Poder Público, <u>ao</u> <u>término de cada exercício,</u> relatório sobre o cumprimento dos compromissos estabelecidos no contrato de gestão ratifica a perenidade das relações de parceria;
- d) a autorização para a cessão de às OS de bens públicos, assim como servidores, para a execução de suas atividades estabelecidas no contrato de gestão são próprios de parcerias de longo prazo;

Por fim, a hipótese restrita de desqualificação da OS, que pode ocorre tão somente por descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão; observado processo administrativo com direito à ampla defesa; retirando das partes signatárias do ajuste a liberdade da rescisão por interesse e motivações próprias, comprova, definitivamente, a natureza perene da parceria.

3.15. Organizações sociais qualificadas pelo Governo Federal

Na esfera federal, ao longo dos dezesseis anos de vigência do modelo, apenas oito organizações sociais foram qualificadas, nenhuma delas para prestação de serviços sociais diretos à população. Sete dessas OS foram

qualificadas entre 1997 e 2002, sendo uma desqualificada – a Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia - Bioamazônia, a pedido do Ministério do Meio Ambiente que considerou que os termos do contrato de gestão não foram cumpridos pela entidade. Durante mais de 10 anos, o Governo Federal aguarda o desenlace da ADIN 1923-5, de 01.12.98, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Em agosto de 2013, o Poder Executivo Federal qualificou mais uma OS, o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – CEBRASPE, para celebrar contrato de gestão com o Ministério da Educação e realizar, dentre outros projetos, os serviços antes prestados pelo CESPE, unidade administrativa da Universidade de Brasília.

Quadro
Organizações sociais qualificadas pelo Governo Federal com base na Lei nº 9.637, de 1998

Decreto	Data	Ementa
<u>Decreto</u> 8.078/2013	19/08/2013	qualifica como organização social o CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS - CEBRASPE.
Decreto 4.078/2002	09/01/2002	qualifica como organização social o CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS.
Decreto 4.077/2002	09/01/2002	qualifica como organização social a ASSOCIAÇÃO REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA - RNP.
Decreto 3.703/2000	27/12/2000	inclui parágrafo único ao art. 1º do decreto nº 3.605, de 20 de setembro de 2000, que qualifica como organização social a

		ASSOCIAÇÃO INSTITUTO NACIONAL DE MATEMÁTICA PURA E APLICADA - IMPA.
Decreto 3.605/2000	20/09/2000	qualifica como organização social a ASSOCIAÇÃO INSTITUTO NACIONAL DE MATEMÁTICA PURA E APLICADA - IMPA.
Decreto 3.011/1999	30/03/1999	qualifica como organizações militares prestadoras de serviços - omps, com autonomia de gestão, as organizações militares da marinha que especifica e dá outras providências.
Decreto 2.442/1997	23/12/1997	qualifica como organização social a ASSOCIAÇÃO DE COMUNICAÇÃO EDUCATIVA ROQUETTE PINTO - ACERP e autoriza a absorção das atividades da extinta FUNDAÇÃO ROQUETTE PINTO.
Decreto c 2.405/1997	26/11/1997	qualifica como organização social a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TECNOLOGIA DE LUZ SÍNCROTRON - ABTLUS e autoriza a absorção das atividades do extinto LABORATÓRIO NACIONAL DE LUZ SÍNCROTRON.

No Poder Executivo Federal, houve apenas um caso de desqualificação de organização social, da Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia –Bioamazônia. A entidade era uma sociedade civil destinada a defender o uso sustentável da biodiversidade da Amazônia, qualificada como OS pelo Decreto s/n. de 18 de março de 1999. Nessa condição, celebrou dois contratos de gestão com a União Federal, via Ministério de Estado do Meio Ambiente, tendo por finalidade "dar continuidade ao fomento e à execução de atividades relativas ao desenvolvimento da biotecnologia e da bioindústria a partir da biodiversidade da floresta amazônica, no âmbito do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia".

Sua desqualificação deu-se em 2005, a pedido do Ministério do Meio Ambiente que, com base em avaliações de seus órgãos técnicos e jurídico, considerou que os termos do contrato de gestão não haviam sido cumpridos

pela entidade. A Bioamazônia recorreu da decisão, junto ao Superior Tribunal de Justiça que, em decisão de 28 de setembro de 2005, entendeu que, se o contrato de gestão firmado com a União não havia sido cumprido, tinha o administrador público de aplicar, em razão de tal descumprimento, as penalidades previstas em lei, no caso, a desqualificação.

3.16. Qualificação de Organização social na área da saúde

O art. 18 da Lei nº 9.637, de 1998 estabelece orientação específica para o caso da qualificação de OS na área da saúde, determinando que, em eventual publicização de atividades e serviços de saúde realizados por órgão ou entidade federal, o contrato de gestão celebrado com a OS deverá contemplar, além dos requisitos básicos, dispositivo que estabeleça a obrigação da entidade civil de observar os princípios do Sistema Único de Saúde expressos no art. 198 da Constituição e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Esse foi um cuidado da lei no sentido de lembrar ao gestor a obrigatoriedade de observar as disposições específicas estabelecidas na Lei nº 8.080 a respeito da participação complementar de entidades civis sem fins lucrativos no âmbito do SUS, prevista no §1º do art. 199 da Constituição Federal, discutidas no Capítulo 5..

Capítulo 4 Limites da publicização, conforme Lei nº 9.637, de 1998

Conforme visto anteriormente, na decisão da ADI Nº 1.923-5, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que não há limites impostos pela Constituição Federal à atuação direta ou indireta do Poder Público <u>nos setores livres à iniciativa privada</u>, tais como a saúde e a educação; sendo perfeitamente possível, perante a Constituição, a decisão política do governo de extinguir órgãos ou entidade públicas para privilegiar a prestação de serviços à população por meio do fomento e parceria à atuação privada sem fins lucrativos, na forma autorizada pelos seus respectivos Poderes Legislativos.

É necessário, entretanto, verificar, em cada caso, a existência de balizas legais, estabelecidas pela política pública que possam limitar e/ou orientar a qualificação de organizações sociais como parceiras do estado na implementação dessas políticas.

4.1. Impossibilidade de publicizar atividades privativas de estado.

Cabe abrir aqui um parênteses para lembrar que essa liberdade limita-se, contudo ao setor de atividades e serviços estatais não privativos de estado, assim compreendidos aqueles que a Constituição Federal abriga, igualmente as formas de intervenção direta e indireta do Poder Público, como é o caso

da saúde e da educação, conforme, inclusive, destacado pelo Ministro Luiz Fux nos autos da decisão do STF a respeito da ADI Nº 1.923-5.

Já as atividades estatais ditas privativas por envolverem o uso de poderes de titularidade exclusiva do Poder Público são irrenunciáveis, não podendo ser transferidas ou mesmo compartilhadas com o setor privado ou social. Essas atividades públicas estão relacionadas ao exercício das prerrogativas decisórias, normativas e executivas específicas que a Constituição e a lei concederam às estruturas do aparelho do estado, o que as distinguem das demais instituições do Sistema Político Nacional. São essas prerrogativas: o poder de definir as condições e as estratégias para a implantação das políticas públicas (direção superior); de arrecadar, gerir e aplicar os recursos públicos; de exercer a fiscalização e o controle legal das atividades da administração e, especialmente, do uso correto dos recursos públicos; de, na forma da lei, fiscalizar e aplicar sanções ou punições em agentes públicos e privados quando constatadas irregularidades; de outorgar títulos a pessoas jurídicas ou físicas, geradores de direitos ou deveres; de regular a atuação de agentes públicos e privados, impondo-lhes os limites estabelecidos pela lei, que atendam ao interesse público, inclusive no que tange à restrição de liberdade; dentre outras (SALGADO, 2012).

4.2. O comando da Lei nº 9.637, de 1998 de regulamentação das diretrizes e critérios de publicização.

O art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998 impõe ao Administrador a regulamentação de diretrizes e critérios a serem observados pelos órgãos e entidades públicos na avaliação da conveniência e oportunidade de proporem ao Chefe do Poder Executivo a qualificação de organização social para atuar, de forma complementar ao Poder Público na execução de atividades e serviços. Ao

tempo em que a regulamentação do Poder Executivo constitui uma autolimitação ao uso do modelo de OS, ela confere, também, transparência, impessoalidade e objetividade à descrição discricionária da Administração.

Importante destacar que, nos casos em que a proposta de qualificação de OS estiver atrelada à proposta de extinção de órgão ou entidade pública criada por lei é imprescindível que a medida seja previamente submetida à aprovação do Poder Legislativo competente, sob pena de configurar ilegalidade. Nesse caso, a decisão de publicizar não decorre apenas da decisão discricionária da Administração Pública, mas deve ser validada pelo Legislativo. É nesse sentido, inclusive, que dispõe a publicação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (extinto) sobre as organizações sociais, ao discorrer sobre o processo de publicização:

"Na sua implantação e durante o seu pleno funcionamento, o novo modelo (da organização social) poderá ser avaliado com rigor e transparência, porque o Congresso nacional terá ativa participação em todo o processo. Assim, a qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congênere, integrante da administração pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta. Além disso, anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso" (Cadernos MARE nº 2 – Organizações Sociais, 1998, fls. 14).

Sendo assim, os balizamentos estabelecidos pelo decreto regulamentador, na forma prevista no art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998 devem objetivar, especialmente, a orientação ao Administrador:

- a) na propositura de eventual extinção de órgão ou entidade pública ou de alteração no rol de competências a ele ou a ela atribuída legalmente;
- nos casos de a qualificação de organização social estar atrelada à extinção de uma unidade administrativa do órgão/entidade, cuja criação e extinção cabem ao próprio Poder Executivo, mediante decreto; e

c) na aplicação do instituto da publicização em setores com regulação específica, como é o caso da saúde – neste caso, mais com o intuito de remeter o gestor público à observância das determinações constitucionais, legais e normativas específicas do que no sentido de dispor limites adicionais à publicização.

Capítulo 5 Participação de entidades civis sem fins lucrativos no âmbito do SUS

Nos termos do art. 198 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, <u>o Sistema Único de Saúde – SUS é constituído pelas ações e serviços públicos de saúde</u>, prestados pelos órgãos e entidades públicos federais, distritais, estaduais e municipais.

Embora as atividades de assistência à saúde sejam livres à iniciativa privada, podendo ser exploradas no mercado ou exercidas por agentes sociais sem motivações lucrativas (cf. *caput* do art. 199 da Constituição), <u>a participação da iniciativa privada, no âmbito do SUS, dá-se apenas de forma complementar, segundo diretrizes deste, e por força de contratos administrativos ou convênios celebrados com o Poder Público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º do art. 199 da Constituição).</u>

Constituição Federal

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.

Em ambos os casos, a atuação privada, por assumir caráter de participação complementar no SUS, fica obrigada à observância dos princípios e diretrizes do SUS, estabelecidos na Lei nº 8.080, de 1990, sobretudo às seguintes:

 a) ser desenvolvida de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo aos princípios estabelecidos no art. 7º da Lei nº 8080, de 1990, que incluem à obediência aos princípios da universalidade de acesso; da integralidade da assistência; da igualdade da assistência à saúde; da participação a comunidade; da regionalização e hierarquização dos serviços, dentre outros;

- b) organizar-se de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente;
- c) observar as normas regulatórias estabelecidas pela União;
- d) submeter-se às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato/convênio;
- e) ser gratuitas para os cidadãos (art. 43); e
- f) observar os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

O § 1º do art. 199 determina, ainda, que, na complementação de serviços da rede de saúde com os serviços de entidades privadas, o Poder Público dê preferência aos ajustes celebrados com aquelas sem fins lucrativos, por meio da compra desses serviços (contrato) ou pelo fomento (convênio).

5.1. A participação complementar segundo a Lei nº 8.080, de 1990

A Lei nº 8.080, de 1990 disciplina a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do Sistema (arts. 24 a 26), limitando-a às situações em que as disponibilidades dos órgãos e entidades públicos <u>forem insuficientes</u> para garantir cobertura assistencial à população sob sua área de abrangência.

Em outras palavras, o gestor do SUS está autorizado a recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, sempre que os *serviços próprios da rede pública de saúde forem insuficientes* para atender às necessidades da população.

Nesses casos, ele pode optar: (a) pela contratação de serviços no mercado junto a entidades privadas com ou sem fins lucrativos, observada tabela de preços fixada pela Direção Nacional do Sistema e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (conforme art. 26, *caput, §1º e 2º* e art. 16, XIV da Lei nº 8.080, de 1990); ou (b) pelo fomento a entidades civis sem fins lucrativos que

atuem no campo da assistência à saúde, mediante a celebração de convênios ou outros instrumentos congêneres⁹.

Sobre a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS, é de efeito esclarecedor o teor do voto do Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, ao Recurso Extraordinário 581.488-RS, de 03 de dezembro de 2015:

"Não se nega também que a saúde pública possa ser complementada pela iniciativa privada. Conforme salientado por Fernando Borges Mânica, em trabalho acadêmico, a própria Constituição Federal faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde e, "com isso, a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementaridade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional" (Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. In: Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, 2009).

A Constituição Federal, portanto, ao disciplinar o direito à saúde, oferece expressamente a possibilidade de modernização da Administração Pública por meio da participação consensual e negociada da iniciativa privada tanto na gestão de determinadas unidades de saúde quanto na prestação de atividades específicas de assistência à saúde.

Essa parceria fica evidente na leitura dos arts. 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal, a saber:

"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. § 1° – 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." A complementaridade do setor privado na área da saúde pública, inclusive, é reconhecida pelo Ministério da Saúde, que, em seu manual sobre doutrinas e princípios, elaborado pela Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, reconhece ter a Constituição Federal definido que, quando houver insuficiência do setor público e for necessária a contratação de serviços privados, isso se

⁹ Na celebração desses contratos ou convênios, os gestores devem observar os parâmetros de cobertura assistencial, critérios e valores de remuneração dos serviços contratados, estabelecidos pela Direção Nacional do Sistema e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde – CNS (art. 26, Lei nº 8.080, de 1990).

deve dar sob três condições: "1a. - celebração de contrato, conforme as normas de direito público, ou seja, interesse público prevalecendo sobre o particular; 2a. - a instituição privada deverá estar de acordo com os princípios básicos e normas técnicas do SUS. Prevalecem, assim, os princípios da universalidade, equidade, etc., como se o serviço privado fosse público, uma vez que, quando contratado, atua em nome deste;

3a. - a integração dos serviços privados deverá se dar na mesma lógica organizativa do SUS, em termos de posição definida na rede regionalizada e hierarquizada dos serviços.

Dessa forma, em cada região, deverá estar claramente estabelecido, considerando-se os serviços públicos e privados contratados, quem vai fazer o que, em que nível e em que lugar.

Dentre os serviços privados, devem ter preferência os serviços não lucrativos, conforme determina a Constituição.

Assim, cada gestor deverá planejar primeiro o setor público e, na sequência, complementar a rede assistencial com o setor privado, com os mesmos concertos de regionalização, hierarquização e universalização.

Torna-se fundamental o estabelecimento de normas e procedimentos a serem cumpridos pelos conveniados e contratados, os quais devem constar, em anexo, dos convênios e contratos" (vide ABC do SUS – Doutrina e Princípios. Brasília: Ministério da Saúde, 1999).

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde.

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina2.

Conforme salientado por Geisa de Assis Rodrigues, "as instituições privadas têm liberdade para prestar serviços de saúde. Podem atuar de forma complementar ao SUS ou não. As que complementam as atividades do Poder Público no SUS estão plenamente sujeitas às suas regras, sendo preferencialmente de fins não lucrativos ou entidades filantrópicas. Os serviços prestados por meio de convênio ou contrato público são remunerados, observando os critérios fixados pela Direção nacional do SUS e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde. É importante ressaltar que os valores são estabelecidos através de um ato administrativo complexo, ou seja, só é fixado quando definido pelo Ministro da Saúde e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, como determina a lei" (op. cit. p. 330).

Sobre a necessidade de se observar o iter a ser trilhado para se chegar ao montante da remuneração, assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Esta remuneração, à obviedade, há de ser paga pelo poder público ao particular colaborador, desde que comprovadas as despesas, os serviços e uma vez apresentado o demonstrativo econômico-financeiro a garantir, inclusive, a qualidade dos serviços executados, havendo que se resguardar sempre o equilíbrio econômico e financeiro" (STJ - Resp. 995003, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 5/3/08).

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

"[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe ao artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços.

Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização" (Fernando Borges Mânica, op. cit., p. 7).

5.2. A impossibilidade da participação complementar do setor privado na área das atividades e serviços privativos da saúde

A dupla via da participação complementar do setor privado no SUS, no campo da saúde pública - pelo fomento a entidades sem fins lucrativos na realização de finalidades de interesse público e recíproco ou pela compra de serviços - <u>não alcança o exercício de atividades e serviços públicos privativos</u>10, que impliquem o uso de poderes de Estado que a Constituição Federal ou a lei reservaram aos órgãos e entidades públicos, tais como

¹⁰ Atividades ou serviços públicos privativos são aqueles próprios do Poder Público, vedados, pela Constituição e pela lei, a entidades privadas. São eles: as atividades de direção superior, regulação, regulamentação e controle das atividades administrativas (Constituição Federal, arts 61, 70 a 74 e 84); defesa do Estado e das instituições democráticas (Constituição Federal, Título V); tributação e o orçamento (Constituição Federal, Título VI) e previdência social. Atividades ou serviços públicos não privativos são aqueles livres à iniciativa privada, tais como os serviços sociais ou voltados para o mercado.

regulação, normatização, fiscalização, tutela, sanção, habilitação (vide item 4.1).

Com base na Lei nº 8.080, de 1990, são atividades privativas de estado, não transferíveis a agentes sociais ou do mercado, a formulação da política de saúde em todas as suas dimensões, assim como a sua coordenação, avaliação, fiscalização e controle; as atividades de vigilância sanitária e epidemiológica; a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; a vigilância nutricional e a orientação alimentar; a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; a formulação e execução da política de sangue e seus derivados; a regulação do acesso da população aos serviços públicos de assistência à saúde.

Um tema que tem gerado discussão a respeito da qualificação de organizações sociais para o fomento a atividades de interesse público no campo da saúde refere-se aos serviços de atenção básica, os quais, apesar de não serem, à primeira vista, privativos de estado – porquanto são serviços de atendimento médico e ambulatorial aos cidadãos – dentro do modelo organizativo do SUS assumem natureza ordenadora, por se constituírem como a porta de entrada no Sistema.

A respeito, ensina Lenir Santos (2011) que o SUS está organizado sobre três pilares - rede (integração dos serviços interfederativos), regionalização (região de saúde) e hierarquização (níveis de complexidade dos serviços) –

que sustentam o modelo de atenção à saúde, conforme art. 198 da Constituição Federal. De acordo com Santos, a hierarquização do SUS compõem-se da atenção primária ou básica; atenção secundária ou terciária ou de média e alta complexidade (ou densidade tecnológica). Nessa hierarquia, a atenção básica atua como filtro inicial: resolve a maior parte das necessidades de saúde; ordena a demanda por serviços de maior complexidade; e organiza os fluxos da continuidade da atenção ou do cuidado. Para Lenir, este papel essencial da atenção primária, tanto na resolução dos casos, quanto no referenciamento do usuário para outros níveis, faz com que a atenção primária configure-se mais do que apenas atendimento à saúde (atividade não-privativa), mas um setor estatal com funções estruturantes para o SUS e ordenadora de um lógica piramidal. Essa atividade ordenadora é própria e exclusiva de estado, não podendo ser delegada a atores privados e; portanto, não transferíveis a organizações sociais.

Embora esse tema seja de alta relevância para o SUS, no caso específico do Governo Federal ele não é aplicável, visto que não compete à União atuar na atenção básica.

Sendo assim, atividades de formulação e regulamentação da política de saúde; de gestão das atividades do sistema (aí incluídos o planejamento, acompanhamento, avaliação e controle), de vigilância sanitária e epidemiológica; controle e fiscalização de serviços, produtos e substancias de interesse para a saúde; fiscalização de inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano, participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, dentre outras similares, <u>são vedadas ao particular</u>, devendo ser exercidas de forma exclusiva por órgãos da Administração Direta ou por suas entidades vinculadas.

5.3. A inserção da iniciativa privada no SUS, a título de participação complementar

A participação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS é um tema que tem suscitado muitos debates junto aos atores do Sistema e à comunidade jurídica nacional, especialmente quanto aos limites que devem ser observados pelos gestores na contratação ou fomento de serviços privados de assistência à saúde como estratégia alternativa ao investimento na rede pública. O tema levanta questionamentos adicionais no caso das parcerias estabelecidas com organizações sociais, por envolverem, normalmente, a retração da atuação direta do Poder Público, com extinção de órgão ou entidade pública (publicização).

Para a adequada compreensão desse assunto é fundamental analisar brevemente as disposições constitucionais sobre a saúde pública e a organização do Sistema e, ainda, as disposições da Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080), essa última, especialmente no que tange às diretrizes estabelecidas para a participação complementar da iniciativa privada, constantes de seu art. 24.

A Constituição define o SUS como uma <u>rede regionalizada</u> e <u>hierarquizada</u> de <u>ações e serviços públicos</u> de saúde, que constituem um <u>sistema único</u>, organizado com base nas diretrizes da <u>descentralização</u>; da <u>integralidade do atendimento ao cidadão</u>; e da participação da comunidade (Constituição Federal, art. 198).

Segundo Santos e Andrade (2013), a obrigação constitucional de o sistema organizar-se de forma descentralizada (em regiões de saúde) e hierarquizada para garantir aos cidadãos a integralidade¹¹ de sua saúde impõe aos entes

¹¹ A integralidade da atenção à saúde refere-se à conjunção das ações de prevenção, proteção e recuperação da saúde. Nesse sentido, o art. 7°, inciso II da Lei n° 8.080, de 1990,

federativos – são autônomos entre si - a efetivação de um conjunto de ações e serviços de saúde interdependentes em especialidades, complexidades, conhecimentos e tecnologias, de forma a conformarem uma rede organizada em regiões de saúde e hierarquizada em termos de complexidade tecnológica dos serviços.

Significa dizer que, para garantir a integralidade da saúde aos cidadãos, os órgãos e entidades públicas das três esferas de governo não devem apenas cooperar entre si, mas devem atuar de forma coordenada e integrada, em permanente interlocução, em modelo de gestão compartilhada.

Ensinam os mencionados autores que o modelo de descentralização das ações do Sistema pelas três esferas federativas, organizado em redes regionais (regiões de saúde), conforme o comando constitucional, determina ao SUS uma configuração diferenciada dos demais sistemas de políticas públicas, onde os subsistemas são municipais, estaduais, distrital e federal, a exemplo da educação (Constituição Federal, art. 211).

Essas redes regionais de saúde não correspondem às cinco regiões do País; e sim a um conjunto de municípios limítrofes, que ocupam espaços geográficos contínuos; sendo delimitadas a partir de suas identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados12.

Conforme Decreto nº 7.508, de 2011, a região de saúde é constituída pelo estado, em articulação com os municípios limítrofes; podendo haver regiões de saúde interestaduais, compostas por municípios limítrofes de estados

define a integralidade de assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

¹² Conforme definição do Decreto nº 7.508, de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 1990,.

diferentes, devendo, nesse caso, ser constituída por ato conjunto, que envolva os respectivos estados em articulação com os municípios.

No âmbito da região de saúde, os municípios, estado e União compartilham, entre si, a responsabilidade pela execução das atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, observadas as competências de cada um, estabelecidas nos arts. 15, 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080, de 1990.

Esse modelo de descentralização exige que os municípios integrantes de uma mesma região da saúde, o estado e a União unam suas atividades e serviços de saúde e interajam uns com os outros para compor uma rede de serviços capaz de garantir ao munícipe de um ou de outro município a integralidade de sua saúde, uma vez que a maioria dos municípios não é capaz de arcar sozinho com a assistência à saúde do cidadão. (Santos e Andrade, 2013, pág.45).

A respeito da região de saúde, leciona Lenir Santos (2014):

"A região de saúde é essencial para integrar as ações e serviços de saúde dos entes federativos, qualificar a gestão do SUS e garantir a integralidade e por isso deve ser constituída sob a ótica sanitária e não meramente administrativa; devendo, ainda, para ser qualitativa, não ser concebida e tida como mera divisão administrativa do Estado, mas sim como o locus da integralidade; ela precisa ser capaz de resolver se não a totalidade, a quase totalidade das necessidades de saúde da população regional; ser parte de um sistema nacional, estadual e intermunicipal que encontra na região de saúde o espaço de sua atuação para o usuário.

Somente uma região consistente pode aglutinar de modo virtuoso o que a descentralização por si fragmenta, não retirando do gestor municipal o seu papel intransferível de integrar o sistema de saúde público e dele participar de maneira efetiva do ponto de vista político, financeiro e técnico.

A importância da regionalização para que as redes de atenção à saúde sejam sistêmicas e resolutivas, com a região de saúde sendo o centro integrador das referências entre os serviços dos mais diversos entes federativos é fato indiscutível. A soma articulada das individualidades municipais assimétricas gera unidade regional equitativa."

A interconexão das ações e serviços disponibilizados pelos entes federativos, dentro da região de saúde, demanda um modelo de gestão intergovernamental, o qual é viabilizado no âmbito das comissões intergestores bipartite – CIB, regional – CIR e tripartite – CIT ¹³, onde os gestores públicos de saúde, em regime de igualdade política (sem hierarquia entre eles), negociam e pactuam a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrado em redes de atenção à saúde.

"As Comissões Intergestores Regionais (CIR), conforme prevista no decreto 7.508, de 2011 e na lei 12.466, de 2011, com suas atribuições essenciais de planejar de modo interfederativo (regional) a execução e o financiamento das ações e serviços de saúde dos municípios e do Estado, fundados nos critérios da Lei Complementar 141/2012, art.17 [11], é elemento essencial nos acordos solidários visando ao alcance da equidade regional no SUS." (Lenir Santos, 2014)

O Contrato Organizativo de Ação Pública, previsto pelo Decreto nº 7.508, de 2011, é um instrumento de apoio à organização e à integração das ações e serviços de saúde em uma determinada região de saúde, na medida em que resulta da integração dos planos de saúde dos entes federativos¹⁴.

¹³ O art. 14-A da Lei nº 8.080, de 1990, alterada pela Lei nº 12.466, de 2011 reconhece as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do SUS e atribui a elas os seguintes objetivos: (a) decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; (b) definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; (c) fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

A Comissão Intergestores Regional – CIR foi prevista pelo Decreto nº 7.508, de 2011, como instâncias de concertação , no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB.

¹⁴ O art. 35 do Decreto nº 7.508, de 2011 estabelece que o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde definirá as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

Com base nessas informações, pode-se concluir que:

- a) o SUS é, por definição constitucional, um sistema constituído por ações e serviços públicos de saúde;
- b) que os <u>serviços de assistência à saúde que integram o SUS são públicos</u>, executados diretamente por órgão ou entidade público subordinado ou supervisionado pelo gestor de saúde (CF, art. 198); sendo de natureza residual a participação da iniciativa privada, a título de complementariedade (CF, art. 199, §1°);
- c) que a redação do art. 24 da Lei nº 8.080, de 1990, ratifica a diretriz constitucional, deixando claro que, no campo da assistência à saúde, a compra de serviços ou a celebração de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos é a exceção, enquanto a execução pelo Poder Público é a regra;
- d) que a participação privada no SUS (complementar), pode ocorrer quando as disponibilidades públicas forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área;
- e) que, em razão do modelo organizativo do SUS, a insuficiência deve ser constatada na rede regional, interestadual, estadual ou nacional;
- f) que é recomendável, pela natureza compartilhada da gestão do SUS, que a eventual insuficiência seja discutida e identificada no âmbito da CIR, da CIB ou da CIT, a fim inclusive de identificar corretamente as necessidades e requisitos dos serviços a serem complementados e estabelecer mecanismos compartilhados de solução;
- g) que, na mesma linha, a contratação de serviços privados deve observar o que for pactuado no planejamento integrado dos entes federativos;
- h) que os mecanismos de avaliação da eficácia e efetividade dos serviços contratados leve em conta o atendimento a todas as populações

atendidas, podendo sua aplicação ser também pactuada junto à comissão intergestores correspondente;

Portanto, quando um gestor público de saúde resolve adquirir serviços privados de saúde, ele o faz para complementar a rede regional, estadual ou nacional de serviços. Sua decisão não está, totalmente, dentro do seu espaço discricionário e deve ser balizada por orientações/pactuações entre os gestores dos entes federativos envolvidos, tomadas no âmbito da comissão intergestores correspondente.

5.4. Participação complementar das entidades civis sem fins lucrativos no SUS e publicização na área da saúde

A partir das conclusões sobre os limites da participação complementar da iniciativa privada na assistência à saúde, consignadas no item anterior, e tendo presente o posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da publicização de serviços, inclusive na área da saúde; pode-se chegar aos seguintes entendimentos:

- a) que a decisão de substituir a atuação pública direta na prestação de serviços de assistência à saúde da população, ou seja de publicizar, está delimitada pela obrigação constitucional de viabilizar o SUS como um sistema constituído por ações e serviços públicos de saúde; e que por isso a publicização de serviços de saúde não deve conduzir ao modelo inverso, onde a participação complementar da iniciativa privada seja a regra;
 - b) que embora o §1º do art. 199 da Constituição Federal autorize a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS, o

art. 24 da Lei nº 8.080, de 1990 disciplina a complementariedade, apenas, em relação à prestação de serviços de assistência; não havendo, portanto, condicionante legal específico à qualificação de organizações sociais pelos gestores da saúde para celebração de parcerias nas demais atividades não privativas realizadas no âmbito do SUS; como de realização de estudos e pesquisas em saúde; formação de pessoal em saúde; desenvolvimento tecnológico em saúde; e outras similares;

- c) que as atividades de produção de medicamentos e outras de interesse da saúde são atividades de natureza econômica, livres à iniciativa privada, conforme o art. 170 da Constituição e estão fora do escopo das atividades passíveis de serem publicizadas;
- d) que a comprovação da insuficiência de serviços imposta no art. 24 da Lei nº 8.080, de 1990, como condição para a autorização, dada ao gestor público, para a contratar de atividades e serviços complementares junto ao setor privado, deve levar em conta não apenas as disponibilidades do ente federativo mas as disponibilidades existentes na rede regional constituída pelo conjunto de entes federativos que integram a região de saúde;
- e) que, em razão da natureza tripartite das instâncias decisórias do SUS é fundamental que os critérios e diretrizes a serem observados na qualificação de organizações sociais e na publização sejam estabelecidos por esses órgãos do SUS;
- no Conselho de Administração sejam contempladas representações do CONASS, CONASEMS, COSEMS e Conselhos de Saúde, dependendo do nível de amplitude dos serviços a serem prestados pela OS, no território nacional;

que o órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão seja obrigado a constituir unidade administrativa responsável pela avaliação e fiscalização do contrato de gestão; além de aferir, regularmente, o nível de satisfação da população com os serviços prestados pela OS.

Capítulo 6 Competências da União, no âmbito do SUS

6.1. Competências da União, conforme a Lei nº 8.080, de 1990

Dentro da estrutura organizativa do SUS, consagrada pela Lei nº 8.080, ao esteio das disposições constitucionais dos arts. 198 a 200, incumbe à União o papel de direção nacional do Sistema, cabendo-lhe poucas funções de execução direta, dentre as quais podem ser elencadas as atividades vigilância sanitária e epidemiológica; de desenvolvimento científico e tecnológico e os estudos e pesquisas no âmbito da saúde; as atividades de ensino; a produção de vacinas, medicamentos e hemoderivados (art. 16 da Lei nº 8.080, de 1990); e as ações do Subsistema de atenção à saúde indígena (art. 19-C), cabendo aos estados e municípios, instituições governamentais e governamentais, atuar de forma complementar (art. 19-E).

Lei nº 8.080, de 1990

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

- I formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;
- II participar na formulação e na implementação das políticas:
- a) de controle das agressões ao meio ambiente;
- b) de saneamento básico; e
- c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;
- III definir e coordenar os sistemas:
- a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;
- b) de rede de laboratórios de saúde pública;

- c) de vigilância epidemiológica; e
- d) vigilância sanitária;
- IV participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;
- V participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;
- VI coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;
- VII estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;
- VIII estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;
- IX promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;
- X formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;
- XI identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;
- XII controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
- XIII prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;
- XIV elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;
- XV promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;
- XVI normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XVII acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;
- XVIII elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995) (...)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

(...)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras governamentais não-governamentais poderão atuar custeio das complementarmente no execução (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999) ações.

Incumbe, ainda à União, conforme art. 41 da Lei nº 8.080, a supervisão das atividades realizadas pela Fundação das Pioneiras Sociais (que corresponde à atual Rede Sarah Kubitscheck) e pelo Instituto Nacional do Câncer - INCA, por serem reconhecidas como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Lei nº 8.080, de 1990:

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Em 1991, a Fundação das Pioneiras Sociais foi transformada no Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público (Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991), por meio da celebração de contrato de gestão, por meio do qual é viabilizado o fomento público a suas atividades.

O Instituto Nacional do Câncer é, atualmente, um órgão da administração direta, integrante da estrutura da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde.

No que se refere aos hospitais universitários e de ensino, o art. 45 da Lei nº 8.080, de 1990, dispõe que eles se integram ao Sistema Único de Saúde mediante convênio, sendo-lhes preservada a sua autonomia administrativa e de ensino, pesquisa e extensão, nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Lei nº 8.080, de 1990:

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Parte dos hospitais federais de ensino são unidades administrativas da estrutura das universidades federais, de substrato jurígeno autárquico.

Em 2011, foi criada a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH, vinculada ao Ministério da Educação, com a finalidade institucional de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como prestar às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária (Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011). Um dos objetivos da criação da EBSERH foi substituir, gradativamente, a execução direta de serviços hospitalares por unidades administrativas das universidades federais, por meio da transferência das atividades por eles exercidas à EBSERH, mediante contrato de gestão celebrado com a universidade.

6.2. Competências do Ministério da Saúde, conforme a Lei nº 13.019, de 2003

A Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003 (art. 27, inciso IX), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências; estabelece que são áreas de competência do Ministério da Saúde:

- a) política nacional de saúde;
- b) coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde SUS;
- c) saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios;
- d) informações de saúde;
- e) insumos críticos para a saúde;
- f) ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos;
- g) vigilância de saúde, especialmente quanto às drogas, medicamentos e alimentos; e
- h) pesquisa científica e tecnologia na área de saúde.

Ao amparo da Lei nº 10.683, de 2003, a estrutura do Ministério da Saúde, com a discriminação das competências dos seus órgãos internos é estabelecida por decreto, que aprova a estrutura regimental do órgão. Por força do decreto, e em decorrência de decisão político-administrativa tomada pela União e o Governo do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério da Saúde é, hoje responsável por sete outros hospitais, que integram a estrutura da sua Secretaria de Assistência à Saúde, na qualidade de unidades administrativas. São eles: Instituto Nacional de Cardiologia; Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad; Hospital Federal de Ipanema; Hospital Federal da Lagoa; Hospital Federal do Andaraí; Hospital Federal

Cardoso Fontes; Hospital Federal dos Servidores do Estado; e Hospital Federal de Bonsucesso¹⁵.

6.3. Atividades e serviços de saúde publicizáveis, a cargo da União

Considerando que, na estruturação do Sistema Único de Saúde, incumbe à União, preponderantemente, o papel de direção nacional do Sistema, o universo de funções executivas sob sua competência é bastante reduzido, sendo a maioria delas de natureza privativa de estado (regulação, auditoria, fiscalização, registro etc.). São poucas as atividades e serviços de saúde não privativos realizadas pelos órgãos e entidades federais.

Por essa razão, a aplicação do modelo de organizações socais no âmbito das ações federais de saúde tende a ser residual. Poderia ser avaliada a possibilidade da parceria com OS para a realização de estudos e pesquisas em saúde; formação em saúde ou, ainda, uma possível publicização das atividades hoje executadas pelos hospitais que hoje estão sob a responsabilidade direta do Ministério da Saúde.

¹⁵ Embora em desalinho com o estabelecido na Lei nº 8.080, de 1990, a atuação do Ministério da Saúde na execução de serviços de assistência à saúde encontra respaldo legal na Lei nº 10.683, estando prevista no decreto do Poder Executivo que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Saúde.

Capítulo 7 O regulamento da Lei nº 9.637/1998

Nada obstante a Lei nº 9.637, de 1998 determinar, de forma expressa, apenas a regulamentação do "Programa Nacional de Publicização" (art. 20), há vários pontos de seu texto que demandam, ao Poder Executivo Federal, uma maior e mais detalhada orientação que favoreça a adequada aplicação dos dispositivos legais e contribua para afastar a insegurança jurídica.

Alguns desses pontos foram, inclusive, evidenciados pelos Ministros da Suprema Corte, no âmbito da decisão da ADI Nº 1.923-5, dentre eles, a necessidade de fixação de critérios e procedimentos essenciais a serem observados no processo de qualificação da organização social e na celebração de contrato de gestão, de forma que esses possam ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, na observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal.

Há também processos envolvidos no uso de modelos de fomento e parceria entre o Poder Público e entidade civis sem fins lucrativos, não necessariamente regidos pela Lei nº 9.637, de 1998, que têm sido identificados pelo Tribunal de Contas da União como de importância crítica tanto para a legalidade das relações público-privada quanto para os resultados dessas relações em termos de eficácia, eficiência administrativa e efetividade junto à população atingida; e que merecem atenção no momento de reflexão e elaboração da norma regulamentadora.

Finalmente, é imperativo que a regulamentação da Lei n º 9.637, de 1998 contemple orientações claras sobre a natureza da parceria público-privada que se instala sob seus auspícios, especialmente quanto à sua característica

de longa duração; voltada ao exercício de atividades e serviços de natureza continuada, gerenciada sob um modelo de co-gestão público-privado; a fim de a diferenciá-la de outros modelos de parceria, como os regidos pela Lei nº 13.019, de 2014, e

specialmente no que concerne aos procedimentos de controle de resultados. Os itens a seguir, apresentam sugestões de regulamentação da Lei nº 9.637, de 1998, separados por temas, com comentários específicos relativos à sua aplicação no âmbito da área de saúde do Governo Federal.

7.1. Diretrizes à qualificação de Organizações sociais

Em cumprimento ao comando legal do art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998, um dos primeiros dispositivos da lei a ser regulamentado refere-se à fixação de diretrizes a serem observadas pelos órgãos e entidades públicos federais na publicização de atividades e serviços mediante a qualificação de OS.

No estabelecimento dessas diretrizes, é essencial resgatar os fundamentos que motivaram o legislador federal a aprovar a proposta legislativa do Executivo de criação do modelo de parceria, visto que muitos desses fundamentos encontram-se registrados apenas na exposição de motivos do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional; ou ainda, nas publicações oficiais do MARE elaboradas sobre o modelo das organizações sociais.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes diretrizes à qualificação de organizações sociais:

 Ampliação da capacidade estatal de assegurar a prestação de serviços sociais diretos aos cidadãos, com aumento da eficácia e efetividade;

81

- II. Fortalecimento das relações de parceria entre o Poder Público e a sociedade civil organizada na implementação das políticas públicas sociais;
- III. Fortalecimento da participação e controle social na execução de atividades de interesse público voltadas aos cidadãos;
- IV. Priorização no controle de resultados e no controle social; e
- V. Fortalecimento da capacidade regulatória do estado, especialmente das funções e coordenação e supervisão administrativa.

Como orientação adicional, é importante que o decreto contemple dispositivo que lembre ao gestor público a necessidade de observar, também, as diretrizes estabelecidas pela política pública do setor de atividades onde se pretende qualificar organizações sociais.

Com base nos entendimentos sobre a matéria assentados pelo STF na decisão da ADI Nº 1.923-5, de 2015, apresentados no item 3.2 deste documento e nas publicações oficiais do Governo Federal que tratam do modelo das organizações socais¹⁶, os balizamentos a serem estabelecidos no decreto regulamentador, devem objetivar, especialmente, a orientação ao Administrador:

- a) na propositura de eventual extinção de órgão ou entidade pública ou de alteração no rol de competências a ele ou a ela atribuída legalmente;
- nos casos de a qualificação de organização social estar atrelada à extinção de uma unidade administrativa do órgão/entidade, cuja criação e extinção cabem ao próprio Poder Executivo, mediante decreto; e

¹⁶ Dentre essas publicações, destacam-se o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e os Cadernos MARE da Reforma do Estado.

c) na aplicação do instituto da publicização em setores com regulação específica, como é o caso da saúde – neste caso, mais com o intuito de remeter o gestor público à observância das determinações constitucionais, legais e normativas específicas do que no sentido de dispor limites adicionais à publicização.

Nos autos da ADI Nº 1.923-5, manifestou-se o Ministro Luiz Fux, autor do voto condutor da decisão da Suprema Corte, no sentido de que a Lei nº 9.637, de 1990 delega ao administrador a competência de fixar os critérios objetivos a serem observados na aplicação do instituto da publicização em cada caso:

Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios objetivos em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como um veículo para alcançar a concretização das diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento. (Trecho do voto-condutor do Ministro Luiz Fux, na ADI Nº 1.923-5, fl.23).

Além disso, deve-se considerar que, no caso da publicização implicar a extinção de órgão ou entidade pública criada por lei ou mesmo a extinção de competências a eles legalmente atribuídas, é imprescindível que a medida seja previamente submetida à aprovação do Poder Legislativo competente, sob pena de configurar ilegalidade. Nesse caso, a decisão de publicizar não decorre apenas da decisão discricionária da Administração Pública, mas deve ser validada pelo Legislativo. É nesse sentido, inclusive, que dispõe a publicação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (extinto) sobre as organizações sociais, ao discorrer sobre o processo de publicização:

"Na sua implantação e durante o seu pleno funcionamento, o novo modelo (da organização social) poderá ser avaliado com rigor e transparência, porque o Congresso nacional terá ativa participação em todo o processo. Assim, a qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à

extinção de congênere, integrante da administração pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta. Além disso, anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso" (Cadernos MARE nº 2 – Organizações Sociais, 1998, fls. 14).

Sendo assim, os balizamentos estabelecidos pelo decreto regulamentador, na forma prevista no art. 20 da Lei nº 9.637, de 1998 devem objetivar, especialmente, a orientação ao Administrador:

- d) na propositura de eventual extinção de órgão ou entidade pública ou de alteração no rol de competências a ele ou a ela atribuída legalmente;
- e) nos casos de a qualificação de organização social estar atrelada à extinção de uma unidade administrativa do órgão/entidade, cuja criação e extinção cabem ao próprio Poder Executivo, mediante decreto; e
- f) na aplicação do instituto da publicização em setores com regulação específica, como é o caso da saúde neste caso, mais com o intuito de remeter o gestor público à observância das determinações constitucionais, legais e normativas específicas do que no sentido de dispor limites adicionais à publicização.

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de o Poder Público *publicizar* a sua atuação direta no setor de atividades não privativas de Estado, especialmente no campo da prestação de serviços sociais diretos aos cidadãos, é recomendável que essa publicização ocorra de forma criteriosa, balizada por orientações de governo, cabendo, nesse caso, o Poder Executivo dispor sobre essas orientações.

Nesse sentido, destaque-se que, à época da promulgação da Lei, estava em curso uma ampla reforma administrativa, orientada por um Plano Diretor no qual a proposta de *publicização* assumia contornos concretos e baseava-se no pressuposto de que esses serviços ganhariam em qualidade, porquanto seriam otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cidadão, mediante o controle social.

Algumas dessas diretrizes, largamente divulgadas e discutidas à época, podem ser resgatadas no próprio Plano Diretor da Reforma do Estado e nas publicações produzidas pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (já extinto), responsável por sua implementação.

Nesse sentido, dispõe o Caderno MARE sobre Organizações Sociais:

"São objetivos, relativamente aos serviços não-exclusivos:

- transferir para o setor público não-estatal os serviços nãoexclusivos que estejam sendo executados no âmbito estatal, por meio de um programa de publicização, possibilitando a absorção, por entidades qualificadas como organizações sociais;
- lograr, assim, maior autonomia e flexibilidade, bem como uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços;
- lograr um maior foco no cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade, por meio dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação, quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social;
- lograr, finalmente, maior parceria entre o Estado e a sociedade baseada em resultados. O Estado continuará a financiar as atividades públicas, absorvidas pela organização social qualificada para tal, e esta será responsável pelos resultados pactuados mediante contrato de gestão." (Cadernos MARE da Reforma do Estado nº 2 – Organizações Sociais, 1998, pags 11 e 12).

Assim, com base na literatura sobre a matéria, propõe-se que o decreto disponha que a qualificação de entidades civis sem fins lucrativos como

organizações sociais com vistas à celebração de contratos de gestão com órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional¹⁷ observará as seguintes diretrizes:

- ampliação da capacidade estatal de assegurar a prestação de serviços sociais diretos aos cidadãos, com aumento da eficácia e efetividade;
- fortalecimento das relações de parceria entre o Poder Público e a sociedade civil organizada na implementação das políticas públicas sociais;
- III. Fortalecimento da participação e controle social na execução de atividades de interesse público voltadas aos cidadãos;
- IV. Priorização no controle de resultados e no controle social; e
- V. Fortalecimento da capacidade regulatória do estado, especialmente das funções e coordenação e supervisão administrativa.

Além disso, é importante que o decreto inclua dispositivo orientador ao gestor público a necessidade de considerar as diretrizes específicas estabelecidas nas políticas públicas setoriais para a atuação cooperada entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos.

7.2. Requisitos à habilitação da entidade civil sem fins lucrativos à qualificação como OS

A Lei nº 9.637, de 1998, ao tratar das condições necessárias à qualificação de organizações sociais, estabelece:

(a) requisitos de habilitação da entidade civil sem fins lucrativos à qualificação, a serem por ela cumpridos; e

_

¹⁷ Exclui as empresas estatais

(b) a necessidade da aprovação do titular do órgão de primeira linha na estrutura organizacional do Poder Executivo responsável pela política pública relacionada à atividade a ser "publicizada¹⁸"; assim como do titular do órgão responsável pelas políticas de gestão pública; quanto à conveniência e a oportunidade da medida¹⁹.

É recomendável que o decreto regulamentador deixe clara a ocorrência dessas duas etapas, até para esclarecer que a habilitação da entidade à qualificação não é condição suficiente para a sua qualificação, visto que essa depende, exclusivamente, da decisão discricionária do Poder Executivo quanto à necessidade da qualificação.

A medida orientará o gestor público na apreciação de possíveis pedidos, apresentados por entidades civis sem fins lucrativos, de habilitação ao título de OS, que deverão ser primeiramente analisados quanto à conveniência e à oportunidade pelo ministério setorial e encaminhados ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão somente quando já houver o interesse efetivo do Ministro setorial na qualificação, devidamente justificado.

Esse dispositivo atende, inclusive, à recomendação do Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADI 1923-5, de 2015, de assegurar a impessoalidade, a publicidade e a objetividade ao procedimento de qualificação, de forma a evitar qualquer arbitrariedade, inclusive no indeferimento de eventual requerimento de qualificação apresentado por entidade civil sem fins lucrativos, conforme apresentado no item 3.2.

¹⁸ Lembrar que, de acordo com o entendimento firmado pelo STF no âmbito da decisão da ADI 1923-5, a publicização ocorre quando o Poder Executivo Federal opta pelo fomento a atividade executada por entidade civil sem fins lucrativos, independentemente se essa atividade vinha sendo executada ou não por órgão ou entidade pública anteriormente; ou seja, se envolveu ou não a extinção de atividade de execução direta pela Administração Pública.

¹⁹ Note-se que a Lei exige que a publicização seja aprovada pelas autoridades máximas responsáveis pelas políticas públicas setoriais e de gestão, subordinadas diretamente ao Chefe do Poder Executivo, como uma garantia de que nessa aprovação estão sendo consideradas, integralmente, todas as implicações da medida no setor.

7.3. Qualificação e celebração de contrato de gestão

Ainda que a decisão do Ministro responsável pela pasta correspondente à proposta de qualificação de organização social e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto à conveniência e oportunidade da qualificação da entidade privada como OS tenha natureza discricionária, essa decisão deve-se nortear pelas diretrizes de qualificação, estabelecidas pelo decreto.

Outro aspecto importante é que, conforme visto no Capítulo 3 deste trabalho, a qualificação de uma OS deve seguir-se obrigatoriamente da celebração de contrato de gestão com o Poder Executivo, até porque não teria sentido de o Poder Público integrar o Conselho de Administração de uma entidade privada, na qualidade de membro nato, sendo seus representantes responsáveis pelas principais decisões institucionais da entidade, se essa não fosse sua parceira na execução de atividade de alta relevância para a política pública sob sua responsabilidade.

Portanto, é oportuno que o decreto regulamentador disponha claramente sobre essa vinculação, até para diferenciar esse modelo de qualificação de outros em que a titulação da entidade ocorre como uma etapa de préqualificação para eventual interesse da administração pública na celebração de parceria, como é, por exemplo, o caso das oscips (Lei nº 9.790, de 1999).

A critério do órgão ou entidade proponente podem ser acrescidos requisitos específicos para a habilitação da entidade como organização social, que atendam às especificidades das atividades a serem fomentadas. Como exemplo desses requisitos, cite-se a previsão da representação do Conselho

de Saúde no seu órgão de decisão superior, entre os 20 a 30% de membros previstos no art. 3°, inciso I, alínea "b" da Lei nº 9.637, de 1998; ; assim como de representação do CONASS, do CONASEMS e de entidades representativas de usuários, nessa ordem.

7.4. Critérios de seleção da entidade a ser qualificada

No caso de haver mais de uma entidade civil sem fins lucrativos que atenda aos requisitos de qualificação impostos na Lei nº 9.637, de 1998 e os requisitos específicos estabelecidos no edital, o Poder Público deverá selecionar a entidade melhor qualificada com base em critérios objetivos. Para tanto, sugerem-se os seguintes, nesta ordem:

- alinhamento dos fins sociais das entidades da sociedade civis representadas no seu Conselho de Administração em relação às atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- II. representatividade das entidades da sociedade civil representadas no órgão de decisão superior da entidade, relativamente à comunidade destinatária final das atividades ou serviços a serem fomentados pelo Poder Público;
- III. quantitativo de associados fundadores e efetivos originários da comunidade beneficiada diretamente com as atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- IV. representação do conselho de política pública no órgão de decisão superior da entidade;

- v. experiência e conhecimento técnico dos membros do órgão de decisão superior de que trata o art. 3°, I, "d" da Lei nº9.637, de 15 de maio de 1998, na áreas de atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- VI. experiência e conhecimento técnico do seu corpo diretivo e/ou funcional na área de atividades a serem fomentadas pelo Poder Público; e
- VII. capacidade operacional instalada.

É importante que esses critérios estejam estar relacionados, diretamente, ao atendimento das diretrizes estabelecidas no decr

Dentre esses critérios, pode-se estabelecer a comprovação de que a execução de atividades por meio do fomento a entidade privada sem fins lucrativos irá viabilizar

, pode proposta de qualificação de organização social na área da saúde deverá ser previamente submetida, pelo Ministro da Saúde, à aprovação da Comissão Intergestores Tripartite.

7.5. Vedação à qualificação de organizações sociais

O decreto deve deixar claras as situações em que é vedada a qualificação de organizações sociais. Em primeiro lugar deve ser proibido o fomento público a entidades privadas para o exercício de atividades privativas de estado, uma vez que essas são intransferíveis ao particular, conforme visto no Item 4.1 deste documento.

Já a vedação à qualificação de entidades civis para celebração de contratos de gestão que tenham como objeto o apoio administrativo ao funcionamento dos órgãos e entidades públicos decorre do fato que a qualificação visa o fomento público a atividades realizadas pela sociedade

civil no campo social, sem fins lucrativos, que tenham comunhão de objetivos com os objetivos estatais. Não cabe qualificar OS e nem celebrar contratos de gestão para contratar das entidades privadas serviços de apoio administrativo ou mesmo terceirizar a compra de bens e serviços. Além de ser uma distorção no uso do instituto do fomento público, essa prática é inconstitucional por caracterizar-se como fuga do regime jurídico de Direito Público que rege a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades públicos.

Sugere-se, assim, incluir no decreto, dispositivo que vede a qualificação de organizações sociais, assim como a celebração de contratos de gestão que tenham como objeto a execução de atividades (a) privativas de estado, assim entendidas aquelas que envolvem funções de formulação, regulação, fiscalização de políticas públicas ou outras que demandem o uso de poderes de autoridade estatal; (b) de apoio técnico e administrativo aos órgãos ou entidades públicos; e (c) de fornecimento e instalação de bens, equipamentos ou execução de obra pública em favor da Administração Pública.

7.6. Requisitos adicionais exigidos para a qualificação como organização social

Os arts. 2°, 3° e 4 da Lei n° 9.637, de 1998 dispõem sobre os requisitos estatutários que devem ser atendidos pela entidade civil sem fins lucrativos para que ela possa ser qualificada como organização social. Nada obstante, entende-se que é, também, facultado à Administração, para a melhor avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da qualificação (art. 2°, inciso II da mencionada Lei), acrescer requisitos relacionados à regularidade administrativa, fiscal e tributária das entidades e às características específicas

das atividades a serem fomentadas no âmbito do contrato de gestão a ser celebrado com a OS.

Dentre os requisitos de natureza administrativa destacam-se a exigência da comprovação da regularidade financeira, fiscal e trabalhista da entidade civil e da ausência de inconformidades e pendências em ajustes celebrados com o Poder Público anteriormente. No rol dos requisitos técnicos podem ser exigida experiência técnica na área relativa à atividade a ser fomentada e/ou capacidade técnica do seu corpo dirigente e funcional.

Na qualificação de entidades civis como organizações sociais para fomento à sua atuação no campo da saúde pública, especialmente no campo da assistência à saúde, é fundamental que, adicionalmente, a medida seja aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite ou que sejam observados critérios adicionais estabelecidos por essa instância, em respeito ao conceito de rede nacional de serviços e ao modelo de governança colegiada tripartite que rege o Sistema Único de Saúde, já comentados anteriormente.

7.7. Processo de qualificação de OS

A regulamentação do processo de qualificação de entidades civis sem fins lucrativos como organizações sociais pelo Poder Executivo deve dispor, dentre outros, dos seguintes elementos:

- a) a definição de a quem cabe a iniciativa da qualificação;
- b) as principais etapas do processo de qualificação;
- c) requisitos específicos a serem estabelecidos para qualificação da OS;
- d) os atores envolvidos na qualificação e as responsabilidades de cada um;

- e) o mecanismo de divulgação do Poder Público que assegure transparência/publicidade ao processo de qualificação da OS e dê chance de todas as entidades civis sem fins lucrativos interessadas a participarem;
- f) a possibilidade de apresentação de recurso por parte das entidades civis participantes do processo que não forem habilitadas e qualificadas;
- g) os critérios objetivos a serem adotados pelo Poder Público para eleição da entidade civil sem fins lucrativos a ser qualificada.

7.7.1 Quem qualifica

Na definição dos procedimentos de qualificação e de responsabilidade dos órgãos e entidades públicos envolvidos é importante atentar que a Lei vincula a qualificação não apenas à decisão da autoridade máxima do órgão ou entidade proponente, mas à aprovação do Ministro responsável pela política pública da área das atividades a serem fomentadas e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto à conveniência e a oportunidade²⁰ da qualificação.

Retira, assim, a competência discricionária de decidir pela qualificação ou não de uma única pasta ministerial, elevando-a para a autoridade imediatamente superior aos ministros, no caso o Chefe do Poder Executivo – o que é plenamente compreensível e justificável, visto que a delegação dada ao Executivo pelo Poder Legislativo, por meio da Lei nº 9.637, é a desse poder reconhecer, por decreto, que uma entidade privada sem fins lucrativos será

²⁰ A doutrina jurídica nacional entende que a análise de "oportunidade e conveniência" integra os elementos motivos e objetivo dentro dos limites do mérito. A natureza jurídica da discricionariedade é o poder-dever da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular a discricionariedade. O objetivo principal da discricionariedade é o bem administrar, e os administradores não podem ser desvincular desse objetivo sob pena de anular tais atos, por caracterizar uma ilegalidade.

sua parceira perene, destinatária de fomento público por prazo indeterminado para exercício de atividade de interesse público que, em muitos casos, objetivam o provimento de direitos aos cidadãos que cabe ao órgão ou entidade pública proponente assegurar (quase uma entidade paraestatal). Não se trata, portanto, de uma autorização de credenciamento de entidades civis para fins de parcerias pontuais ou mesmo para percepção de benefícios fiscais.

Sendo assim, e para que não haja interpretações equivocadas a respeito da intenção do legislador e dos limites da delegação de competência dada ao Executivo, é fundamental que o decreto fixe, claramente, que a qualificação (e, portanto, eventual desqualificação) dar-se-á exclusivamente por decreto presidencial²¹.

7.7.2 Etapas do processo

A decisão de qualificar organização social para fomento e parceria na execução de atividades de interesse público deve decorrer de estratégia setorial definida pelo órgão ou entidade para o cumprimento de suas competências institucionais.

Portanto, é lógico que parta desse órgão ou entidade a propositura da qualificação, submetida à análise do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MPOG que, na qualidade de órgão responsável pela formulação das políticas de gestão do Poder Executivo Federal e orientação aos órgãos e entidades quanto ao emprego de tecnologias gerenciais (dentre as quais se insere o modelo OS), deve pronunciar-se, notadamente, quanto à

²¹ Registre-se que o Decreto nº 8.745, de 5 de maio de 2016, pode ser questionado quanto à sua legalidade por autorizar o Ministério da Cultura a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos para executar as atividades de guarda, preservação, documentação e difusão do acervo audiovisual da produção nacional.

viabilidade jurídico-administrativa da medida e as condições técnicas e gerenciais existentes para a sua implementação.

No caso da anuência do MPOG, o órgão ou entidade proponente será autorizado a adotar as medidas cabíveis para a identificação de entidade civil sem fins lucrativos apta e interessada em ser qualificada como OS, por meio de procedimento público e transparente, que assegure a participação a todas as entidades interessadas.

Após a seleção pública da entidade civil sem fins lucrativos, o órgão ou entidade proponente deverá retomar o processo de qualificação junto ao MPOG para o encaminhamento à apreciação da Casa Civil da Presidência da República, nos termos do disposto no Decreto no 4.176, de 28 de março de 2002.

7.8. Membros do Conselho de Administração da OS

Conforme disposto no item 3.6 deste estudo, a participação de representantes do Poder Público no órgão de decisão superior da OS tem como finalidade propiciar à Administração Pública velar o título concedido à entidade civil sem fins lucrativos, notadamente no que tange ao alinhamento de suas estratégias e atividades ao seu fim social; à sua finalidade não lucrativa; ao cumprimento dos objetivos do contrato de gestão; e à aplicação de seus recursos integralmente para a consecução do seu fim social.

Por essa razão, é importante que o decreto disponha sobre as responsabilidades desses representantes no exercício da função, assim como as responsabilidades do órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão de lhes garantir o apoio técnico e administrativo para o desempenho de suas atribuições.

Em função da complexidade dessas atribuições, é preciso que o regulamento deixe explicita a competência da autoridade supervisora do contrato com a organização social de orientar a atuação de seus representantes no Conselho de Administração, de forma a garantir o atendimento ao interesse público e, ainda, prestar a eles o apoio técnico e operacional necessário e, inclusive, arcar com eventuais despesas de deslocamento, necessárias ao exercício de suas atribuições.

Nas organizações socais qualificadas pelo Poder Executivo Federal para atuação na área da saúde, é recomendável que o conselho de administração da entidade contemple representantes do Conselho Nacional de Saúde, do CONASS e do CONASEMS. Esses representantes devem ser responsáveis, inclusive, pela garantia de que a entidade se oriente pelos princípios do Sistema Único de Saúde e pelas disposições específicas porventura estabelecidas pela CIT para a atuação dessas entidades.

7.9. Celebração de contrato de gestão

A qualificação de uma entidade civil sem fins lucrativos como organização social e o estabelecimento da parceria com o Poder Público são processos independentes, embora complementares. O vínculo de parceria tem início, efetivamente, a partir da celebração do contrato de gestão entre a OS já qualificada e o Poder Público, representado pela autoridade superior do órgão responsável pela área de atividade correspondente ao objeto social da entidade (art. 7°, parágrafo único, da Lei n. 9.637, de 1998)

Importante deixar claro que a qualificação como organização social concede exclusividade ao órgão ou entidade supervisora na parceria e no fomento com a entidade civil. Não há, à luz da lei federal, como a OS firmar dois ou

mais contratos de gestão com dois órgãos ou entidades diferentes, muito menos com dois ou mais entes federativos diferentes.

No entanto, o órgão ou entidade supervisora, na implementação de políticas que tenham intersetorialidade com outras políticas, poderá incluir no âmbito da parceria atividades que venham a atender aos compromissos intersetoriais ou interfederativos por ele assumidos. Mas é importante frisar que os compromissos são da autoridade supervisora, que deve responder por eles junto aos seus órgãos superiores e aos órgãos de controle.

Sendo assim, ao incluir no contrato de gestão uma meta que se refira a um projeto intersetorial ou interfederativo, o órgão supervisor assume que essa meta está relacionada às suas competências institucionais e que deve fiscalizar o seu cumprimento. Para isso, pode inserir representantes dos órgãos parceiros tanto no conselho de administração da OS quanto na Comissão de Acompanhamento e Avaliação.

Outros aspectos importantes de serem regulamentados, relativamente ao contrato de gestão, são: (a) a menção ao seu prazo indeterminado; (b) a impossibilidade da qualificação de uma organização social sem a contingente celebração do contrato de gestão; (c) a natureza financeira dos recursos transferidos à organização social, visto que ela é uma entidade privada e não figura no orçamento público como unidade orçamentária; (d) a possibilidade da reutilização dos excedentes financeiros da OS nas suas finalidades, sendo desnecessária a devolução desses excedentes aos cofres públicos.

7.10. Supervisão e fiscalização do contrato de gestão

No que se refere à supervisão e fiscalização do contrato, o regulamento deve dispor, complementarmente ao já estabelecido na Lei, as responsabilidades do órgão ou entidade supervisora na fiscalização, com a emissão de parecer final sobre o cumprimento ou não das obrigações e metas do contrato de gestão pela entidade.

Importante também ressaltar o papel relevante das informações reunidas pelos representantes do Poder Público no Conselho de Administração da OS para subsidiar a avaliação do cumprimento do contrato de gestão

7.11. Desqualificação

Finalmente, é oportuno ratificar no decreto que a desqualificação da entidade implica a perda total de seu patrimônio em favor de outra OS ou do Poder Público.

Capítulo 8 Minuta de decreto

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A qualificação de entidades civis sem fins lucrativos como organizações sociais com vistas à celebração de contratos de gestão com órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional observará as seguintes diretrizes:

- VI. Ampliação da capacidade estatal de assegurar a prestação de serviços sociais diretos aos cidadãos, com aumento da eficácia e efetividade;
- VII. Fortalecimento das relações de parceria entre o Poder Público e a sociedade civil organizada na implementação das políticas públicas sociais;
- VIII. Fortalecimento da participação e controle social na execução de atividades de interesse público voltadas aos cidadãos;
- IX. Priorização no controle de resultados e no controle social; e

 Fortalecimento da capacidade regulatória do estado, especialmente das funções e coordenação e supervisão administrativa.

Parágrafo único. Devem ser também observadas as diretrizes estabelecidas pela política pública setorial para a formação de parcerias entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos.

Art. 2º O Poder Executivo poderá qualificar entidades civis sem fins lucrativos como organizações sociais para com elas celebrar contrato de gestão para o fomento e a parceria na execução de atividades não privativas de estado dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, na forma das disposições da Lei nº 9.637, de 1998.

Parágrafo único. Para os fins deste decreto, entende-se por atividades não privativas de estado aquelas que podem, simultaneamente, ser exercidas, por direito próprio, pelo poder público e pela iniciativa privada, porquanto da titularidade de ambos.

CAPÍTULO II

DA QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL SEÇÃO I

DOS REQUISITOS EXIGIDOS DAS ENTIDADES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS Art. 3º Para se habilitar à qualificação como organização social a entidade civil sem fins lucrativos deve atender aos seguintes requisitos específicos:

- I comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nos arts 3° e 4° da Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998:
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral nos percentuais estabelecidos nos incisos I e III, do art. 3º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
- e) previsão de que caba ao Poder Público indicar os seus representantes no conselho de administração do Poder Público; assim indicar as entidades da sociedade civil a serem representadas, na forma prevista na alínea "b" do o art. 3º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
- f) composição e atribuições da diretoria;
- g) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- h) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- i) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- j) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito

Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados; e

II -comprovar a sua regularidade fiscal e trabalhista; E

II – a apresentação de declaração do representante legal da entidade, sob as penas da lei, de que os membros natos de seu órgão de direção superior, mencionados no art. 3°, inciso I, alienas "c", "d" e "e", assim como os membros de sua diretoria não incorrem em quaisquer dos impedimentos de que trata o art. 4°.

Parágrafo único. Poderão ser exigidos das entidades civis sem fins lucrativos o atendimento a requisitos adicionais relacionados à atividade específica a ser fomentada por meio do contrato de gestão de que trata o *caput* do art. 2°.

Art. 4º Não estará habilitada à qualificação como organização social a entidade civil sem fins lucrativas que :

I – tenha sido qualificada como organização social, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.637, de 1998;

II - tenha sido desqualificada como organização social, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.637, de 1998;

III - esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada;

IV - tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade:

- a) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração;
- b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública;

V - tenha tido contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos.

SEÇÃO II

DA PROPOSIÇÃO DA QUALIFICAÇÃO

Art. 5º A iniciativa da qualificação de entidade civil sem fins lucrativos como organização social é privativa do órgão da Administração Direta responsável pela área de competência onde se inserir a atividade a ser fomentada.

Art. 6º A proposta de qualificação de organização social será encaminhada pelo Ministro de Estado responsável pela área da atividade a ser fomentada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, acompanhada de fundamentação contendo as seguintes informações:

- justificativa da proposta, caracterizando-se a conveniência e oportunidade da qualificação de organização social;
- identificação sucinta das atividades e serviços que serão objeto do fomento e parceria;
- identificação do perfil dos destinatários finais das atividades e serviços executados pela organização social;
- identificação das principais entidades da sociedade civil que atuam na área de atividade a ser fomentada;
- indicação dos órgãos e entidades que deverão ser representados no
 Conselho de Administração da organização social;
- VI. identificação dos macroprocessos e processos do órgão ou entidade relacionados com as atividades e serviços a serem objeto de fomento;

- vII. indicação do órgão ou entidade que ficará responsável pela supervisão e fiscalização do contrato de gestão a ser celebrado com a organização social
- viii. impactos esperados no curto, médio e longo prazos e indicadores para sua mensuração;
- IX. requisitos adicionais a serem exigidos da entidade civil sem fins lucrativos relacionados às atividades a serem desenvolvidas no âmbito do contrato de gestão;
- estimativa do impacto orçamentário-financeiro da qualificação no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois exercícios subsequentes;
- XI. se a qualificação implica a extinção de órgão, entidade ou unidade administrativa responsável pela execução direta da atividade a ser fomentada; e
- XII. a previsão de cessão de servidores e/ou de bens móveis e imóveis e outros materiais à organização social.

1º§ O Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão analisará a proposta quanto à conveniência e oportunidade, tendo como base as diretrizes relacionadas no art. 1o, cabendo-lhe autorizar o órgão ou entidade proponente a abrir o procedimento de qualificação.

§2º A proposta de qualificação de organização social na área da saúde deverá ser previamente submetida, pelo Ministro da Saúde, à aprovação da Comissão Intergestores Tripartite.

Art. 6º É vedada a proposição da qualificação de organizações sociais para a execução de atividades:

- privativas de estado, assim entendidas aquelas que envolvem funções de formulação, regulação, fiscalização de políticas públicas ou outras que demandem o uso de poderes de autoridade estatal;
- II. de apoio técnico e administrativo aos órgãos ou entidades públicos;
- III. de fornecimento e instalação de bens, equipamentos ou execução de obra pública em favor da Administração Pública;

Art. 7º Com base em parecer favorável do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o órgão ou entidade proponente publicará edital para convocação das entidades civis sem fins lucrativos interessadas, que conterá, no mínimo, as seguintes informações:

- requisitos a serem atendidos pelas entidades civis sem fins lucrativos para a habilitação ao processo de qualificação como organização social, dispostos nos art. 3º e os impedimentos à habilitação dispostos no art. 4º deste Decreto;
- II. requisitos adicionais estabelecidos pelo Poder Público, quando houver;
- III. critérios de seleção a serem adotados pelo Poder Público, no caso de haver mais de uma entidade habilitada;
- IV. documentação comprobatória exigida;
- v. prazos e etapas do processo de seleção da entidade civil sem fins lucrativos, incluindo os relativos a recursos administrativos;
- vi. natureza das atividades de interesse público a serem fomentadas e objetivos do contrato de gestão a ser celebrado com o Poder Público;
- VII. critérios de seleção que serão aplicados pelo Poder Público, no caso de haver mais de uma entidade habilitada.

Art. 8°. Somente serão habilitadas à qualificação como organização social as entidades civis sem fins lucrativos que atenderem integralmente aos incisos

I, II e III do art. 3º e não incorrerem em nenhuma das condições estabelecidas no art. 4º.

Art. 8º Compete ao órgão ou entidade proponente verificar a habilitação das entidades inscritas e, no caso, de haver mais de uma habilitada, selecionar a entidade a ser qualificada, com base nos critérios estabelecidos no edital.

§1º No caso de haver mais de uma de uma entidade civil sem fins lucrativos habilitada, será selecionada aquela que melhor atender aos seguintes critérios, nesta ordem:

- viii. alinhamento dos fins sociais das entidades da sociedade civis representadas no seu Conselho de Administração em relação às atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- IX. representatividade das entidades da sociedade civil representadas no órgão de decisão superior da entidade, relativamente à comunidade destinatária final das atividades ou serviços a serem fomentados pelo Poder Público:
- x. quantitativo de associados fundadores e efetivos originários da comunidade beneficiada diretamente com as atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- XI. representação do conselho de política pública no órgão de decisão superior da entidade;
- XII. experiência e conhecimento técnico dos membros do órgão de decisão superior de que trata o art. 3°, I, "d" da Lei n°9.637, de 15 de maio de 1998, na áreas de atividades a serem fomentadas pelo Poder Público;
- XIII. experiência e conhecimento técnico do seu corpo diretivo e/ou funcional na área de atividades a serem fomentadas pelo Poder Público; e
- XIV. capacidade operacional instalada;

- XV. outros critérios estabelecidos pelo órgão supervisor no edital.
- §2º Somente será selecionada uma entidade civil sem fins lucrativos, por edital, para a proposição de qualificação como organização social.
- §4º O órgão ou entidade responsável pelo edital deverá publicar no Diário Oficial da União a sua decisão relativa ao processo de habilitação e seleção da entidade civil sem fins lucrativos a ser proposta para a qualificação como organização social, acompanhado da íntegra de relatório conclusivo sobre o processo de seleção, que explicite:
- I. a relação das entidades participantes do processo;
- II. a relação de entidades inabilitadas por falta de cumprimento dos requisitos legais e específicos estabelecidos no edital;
- III. no caso de mais de uma entidade habilitada, a justificativa da escolha de uma delas, com base nos critérios estabelecidos no caput deste artigo.
- §5º Da decisão do órgão ou entidade responsável pelo edital caberá recurso no prazo de 10 dias, a contar da data da publicação, o qual terá o prazo de 5 (cinco) dias para reconsiderar ou não sua decisão.
- § 6º Não havendo reconsideração da decisão, os autos do processo de qualificação serão encaminhados à autoridade superior para decisão sobre o recurso dentro do prazo de 30 (trinta) dias.
- §7° A habilitação de que trata o art. 8° não dá direito à entidade civil sem fins lucrativos de ser qualificada.
- Art. 9º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministério supervisor do órgão ou entidade proponente encaminharão à Casa Civil da Presidência da República, nos termos do disposto no Decreto no 4.176, de 28 de março de 2002:

- aviso do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade;
- II. minuta de exposição de motivos;
- III. minuta de projeto de decreto, e respectivos anexos,
- IV. nota técnica da área competente; e
- V. parecer da área jurídica.

Parágrafo único. A exposição de motivos interministerial deverá dispor sobre a conveniência e oportunidade da qualificação, na forma prevista na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, art. 2º, inciso II.

Art. 10. A qualificação da entidade civil sem fins lucrativos como organização dar-se-á, exclusivamente, por ato do Chefe do Poder Executivo.

CAPÍTULO III

DO CONTRATO DE GESTÃO

- Art. 11. O contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação da parceria entre as partes para fomento e execução de atividades enquadráveis nas áreas relacionadas no *caput* do art. 2°.
- Art. 12. Fica o órgão ou entidade supervisora obrigado a celebrar contrato de gestão com a organização social, no prazo de seis meses a contar da data da publicação do decreto de qualificação da organização social.
- Art.13. É vedada a celebração de mais de um contrato de gestão com a mesma organização social.
- Art. 14. Os termos do contrato de gestão serão elaborados de comum acordo entre as partes, devendo conter, no mínimo as seguintes cláusulas essenciais:
- atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social;

- programa de trabalho anual ou bianual a ser cumprido pela organização, com especificação dos objetivos, metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução;
- III. critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- IV. estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções;
- v. montante de recursos financeiros a serem transferidos à organização social, a título de fomento, acompanhado de cronograma de desembolso;
- VI. relação dos bens móveis públicos a serem destinados à organização social, mediante permissão de uso;
- VII. autorização de permuta dos bens móveis permitidos e estipulação das condições a serem observadas pela organização social, na forma do disposto no art. 13 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
- VIII. relação de servidores públicos a serem cedidos à organização social, com identificação da responsabilidade do ônus;
- IX. condições de revisão dos termos do contrato de gestão;
- X. obrigação do órgão ou entidade supervisora de liberação financeiras,
 de acordo com o cronograma de desempenho;
- XI. obrigação da organização social instituir ouvidoria para atendimento aos usuários dos seus serviços; e
- §1º O contrato de gestão deverá conter, ainda, cláusulas que estabeleçam as seguintes obrigações para a organização social:

- aprovação por seu Conselho de Administração de plano de auditoria que incorpore a avalição do cumprimento das obrigações relativas à gestão financeira da organização social, previstas no contrato de gestão na análise e parecer da auditoria externa independe;
- II. envio de relatório da execução do contrato de gestão, ao órgão ou entidade supervisora, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, nos termos do §1º do art. 8º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; e
- III. incorporação dos eventuais excedentes financeiros ao final do exercício, apurados no balanço patrimonial e financeiro da entidade, independentemente da sua origem, ao planejamento financeiro do exercício seguinte e utilizados no desenvolvimento das atividades da entidade, com visas ao alcance dos objetivos estratégicos e metas previstas no programa de trabalho do contrato e gestão.
- § 2º O prazo de vigência do contrato de gestão será por tempo indeterminado, podendo ser alterado por termo aditivo, mediante acordo entre as partes.
- §3º O programa de trabalho de que trata o inciso II do *caput* é parte integrante do contrato de gestão, sendo estabelecido para um período anual ou bianual, renovado periodicamente.
- §4º Com a concordância expressa dos signatários, poderão ser incluídas no programa de trabalho metas relativas a políticas intersetoriais desde que relacionadas ao objeto do contrato de gestão.

Art. 15. Os contratos de gestão celebrados com organizações sociais qualificadas para atuação no âmbito da saúde deverão prever as seguintes cláusulas adicionais:

- gratuidade das atividades e serviços por ela prestados diretamente ao cidadão;
- II. obrigação da organização social observar as diretrizes e demais orientações estabelecidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 à participação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS; e
- III. integração da ouvidoria da organização social ao sistema de ouvidoria do SUS.

Art. 16. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fará consignar na Lei Orçamentária Anual, mediante propositura do órgão ou entidade supervisora, os recursos orçamentários correspondentes ao fomento à organização social.

Parágrafo único. Os aportes de recursos oriundos de dotações orçamentárias de mais de um órgão ou entidade público, destinados à organização social para o alcance de metas relacionadas a políticas intersetoriais deverão ser repassados ao órgão ou entidade supervisora para a incorporação, mediante termo aditivo, ao cronograma de desembolso financeiro do contrato de gestão.

Art. 17. A alteração dos valores a serem transferidos à organização social a título de fomento implicará a alteração das metas pactuadas e vice-versa.

CAPÍTULO IV

DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Art. 18. Caberá à autoridade supervisora do contrato de gestão:

I - indicar os representantes do Poder Público no Conselho de Administração da organização social; e

II – indicar as entidades da sociedade civil de que trata a alínea "b" do art. 3º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, a serem representadas no Conselho de Administração da organização social.

§1º Deverão ser indicados como representantes do Poder Público servidores ocupantes de cargos de direção e assessoramento do órgão ou entidade supervisora, de nível DAS-4 ou superior ou equivalente.

§2º No caso das atividades exercidas pela organização social terem natureza intersetorial, poderão ser indicados, como representantes do Poder Público no Conselho de Administração, servidores do mesmo nível dos mencionados no §1º, do órgão ou entidade público responsável pela política pública intersetorial.

§3º As entidades da sociedade civil de que trata o inciso II do *caput* deste artigo deverão ser, preferencialmente, representativas da comunidade beneficiária das atividades e serviços prestados pela organização social.

Art. 19. Caberá à autoridade supervisora orientar os representantes do Poder Público no Conselho de Administração da organização social e garantir o apoio técnico e operacional à atuação.

§1º A autoridade supervisora promoverá reunião prévia às reuniões do conselho de administração da organização, com vistas à orientação a seus representantes relativamente às votações dos assuntos em pauta, especialmente quando a tomada de decisão for referente aos seguintes assuntos:

 I – aprovação do programa de trabalho, plano de ações e metas e dos aditivos ao contrato de gestão;

II – aprovação do orçamento da entidade;

 III – aprovação dos relatórios de execução do contrato de gestão, balanço patrimonial e relatórios de execução financeira das entidades; IV - eleição de membros do conselho de administração; designação e dispensa dos membros da diretoria da entidade;

V – alterações do estatuto;

VI – extinção da entidade.

§2º Os representantes do Poder Público deverão exigir o registro dos seus votos nas respectivas atas da reunião.

§3º Nas votações relativas aos temas de que tratam os incisos I a III e VI do §1º, os votos dos representantes do Poder Público deverão ser fundamentados, por escrito, e anexados à ata da reunião.

§4º O órgão ou autoridade supervisora disponibilizará aos seus representantes no conselho de administração da organização social assessoria técnica para a análise e voto relativamente aos temas relacionados no §1º.

§5º Ao final de cada exercício, os representantes do Poder Público no conselho de administração da organização social encaminharão à Autoridade Supervisora relatório com sua avaliação sobre o desempenho da entidade e resultados alcançados no período.

Art.20. Os representantes do Poder Público no Conselho de Administração da organização social, no exercício das atribuições de que trata o art. 4º da Lei nº 9.637, de 1998, são responsáveis pela promoção do alinhamento da entidade ao seu fim social; à sua finalidade não lucrativa; ao cumprimento dos objetivos do contrato de gestão e à aplicação de seus recursos integralmente para a consecução do seu fim social.

Parágrafo único. Compete aos representantes do Poder Público no conselho de administração da organização social assegurar a inserção, no plano de auditoria externa, os aspectos específicos indicados pelo órgão ou autoridade supervisora.

Art. 21 A participação no Conselho de Administração de Organização Social qualificada pelo Poder Executivo Federal não será remunerada, sendo considerada como função relevante.

§2º O órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão será responsável pela cobertura de eventuais despesas com deslocamento dos membros do Poder Público no Conselho de Administração, no exercício de suas atribuições.

Art.22. Os representantes do Poder Público no Conselho de Administração da organização social, no exercício das atribuições de que trata o art. 4º da Lei nº 9.637, de 1998, são responsáveis pela promoção do alinhamento da entidade ao seu fim social; à sua finalidade não lucrativa; ao cumprimento dos objetivos do contrato de gestão e à aplicação de seus recursos integralmente para a consecução do seu fim social.

CAPÍTULO V

DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO CONTRATO DE GESTÃO

Art. 23. A organização social apresentará ao órgão ou entidade supervisora do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo o comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

Parágrafo único A organização social qualificada na área da saúde deverá encaminhar cópia do relatório da execução do contrato de gestão para o Conselho Nacional de Saúde e a Comissão Intergestores Tripartite.

Art. 24. A execução do contrato de gestão celebrado com organização social será acompanhada, avaliada e fiscalizada pelo órgão ou entidade signatária do contrato de gestão.

§1º O órgão ou entidade supervisora deverá realizar pesquisas junto aos destinatários finais das atividades realizadas pela organização social para avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão.

§ 2º A comissão de acompanhamento e avaliação de que trata o §2º do art. 2º da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, tem natureza técnica e funções exclusivas de assessoramento ao órgão ou entidade supervisora quanto ao cumprimento das metas e obrigações estabelecidas no contrato de gestão.

Art. 25. O órgão ou autoridade supervisora emitirá manifestação final sobre a regular execução do contrato de gestão no exercício avaliado, tendo como base:

- I. o relatório conclusivo da comissão de acompanhamento e avaliação;
- o parecer da auditoria externa independente sobre os demonstrativos financeiros e contáveis e das contas da entidade;
- III. o relatório dos representantes do Poder Público no Conselho de Administração da organização, acerca da gestão da entidade.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. A desqualificação de organização social, na forma prevista no art. 16 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, implica a incorporação integral do seu patrimônio, dos legados e das doações que lhe forem destinados, bem coo dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades ao patrimônio de outra organização social qualificada pela União ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por esses alocados.

Conclusões

Ainda que a possível aplicação do modelo de organizações sociais no âmbito das ações e serviços de saúde a cargo da União seja residual, a análise da Lei nº 9.637, de 1998 e dos principais aspectos que merecem regulamento é de fundamental importância para o Sistema Único de Saúde, considerando, especialmente, a proliferação do modelo de qualificação de OS junto aos estados e municípios, sem que tenha havido um posicionamento tanto do Ministério da Saúde quanto da CIT a respeito dos principais requisitos a serem contemplados no regulamento para assegurar que as parcerias público-privadas não desrespeitem os princípios e diretrizes do Sistema, estabelecidos, especialmente, na Lei nº 8.080, de 1990.

O presente estudo pode, portanto, ser de grande utilidade para subsidiar o debate sobre a necessidade de rever as atuais disposições legais sobre a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do Sistema, especialmente para reforçar alguns de seus conceitos e preencher lacunas, assim como a necessidade de orientar estados e municípios na aplicação de leis de organizações sociais para realização de atividades de assistência à saúde da população.

Bibliografia

CARVALHO, Guido Ivan e SANTOS, Lenir, SUS Sistema Único de Saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde, Leis nº 8.080/90 e 8.142/90. Editora Unicamp. 4ª Edição, 2007.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. Cadernos MARE da Reforma do Estado, Volume 2 – Organizações Sociais, Brasília – DF, 1998, pag. 17).

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995.

SANTOS, Lenir. Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania. O Modelo de Atenção à Saúde se Fundamenta em Três Pilares: Rede, Regionalização e Hierarquização. Setembro, 15, 2011 http://blogs.bvsalud.org/

SANTOS, Lenir. SUS: a região de saúde é o caminho. Publicado em Cebes.org.br, em 22/12/2014 12h12

SANTOS, Lenir e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Redes no SUS: marco legal. In: SILVA, Silvio Fernandes (Org.) Redes de Atenção à Saúde. Saberes Editora. 2ª Edição. Campinas, 2013

SALGADO, V.A.B. Livro Manual de Administração Pública Democrática: Conceitos e Formas de Organização, Editora Saberes (2012).

SALGADO, V.A.B. Gradiente das formas jurídico-institucionais de atuação do Poder Executivo. In: Propostas de Taxonomias para órgãos e entidades da Administração Pública Federal e outros entes de cooperação e colaboração. Série Inovação na Gestão Pública - Cooperação Brasil-Espanha, Livro 4, Editora IABS. Brasília , 2012

SALGADO, V.A.B. Organizações Sociais, OSCIPS e serviços sociais autônomos: qual a diferença? In: SALGADO, V.A.B; ANTERO, S.A. (Org)Democracia, Direito e Gestão Pública: Textos para Discussão.- Cooperação Brasil-Espanha, Livro 5, Editora IABS. Brasília , 2012

SALGADO, V.A.B: GRAEF, A. Relações de parceria entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil. Série Inovação na Gestão Pública - Cooperação Brasil-Espanha, Livro 1, Editora IABS. Brasília , 2012

SALGADO, V.A.B; GIRARDI, S. N. Novos arranjos institucionais para a gestão pública democrática. In: XV Congresso del CLAD 2010. Revista del Clad, ed. 50, 2011.